Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Dr. Walter Breslauer

Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe.

(Unter Ausschluß des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechtes.)

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Georg August-Universität zu Göttingen.

Vorgelegt

von

Walter Breslauer

Referendar zu Berlin.

1914

Druck: A. Rosenthal Nachf., Berlin C.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548110_0108

Meinem Vater

und

dem Andenken meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil: Grundlegung . . . . . 11—22

§ 1. Der Begriff des zwingenden Rechtes . . . . . 11—12

§ 2. Richtlinien für die Annahme zwingender Natur bei Bestimmungen des BGB 13

§ 3. Logische Gründe zwingenden Rechtes . . . . 13—17

§ 4. Ethische Gründe zwingenden Rechtes . . . . . 17—20

§ 5. Sozialwirtschaftliche Gründe zwingenden Rechtes 20—22

Zweiter Teil: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen. (§§ 1353—1362) . . . . . 23—60

§ 6. Der Titel 5 des Eherechts des BGB im ganzen . 23—29

§ 7. § 1353 BGB . . . . . 29—36

§ 8. § 1354 BGB . . . . . 36—42

§ 9. § 1355 BGB . . . . . 42—44

§ 10. § 1356 BGB . . . . . 44—47

§ 11. § 1357 BGB . . . . . 47—52

§ 12. § 1358 BGB . . . . . 52—54

§ 13. § 1359 BGB . . . . . 54—55

§ 14. § 1360/1 BGB . . . . . 55—59

§ 15. § 1362 BGB . . . . . 59—60

Dritter Teil: Das eheliche Güterrecht im allgemeinen . . . . . 61—77

§ 16. Der Ehevertrag. Der Streit um die Grenzen der Ehevertragsfreiheit: Problemstellung . . . . . 61—63

§ 17. Zur Deutung der ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes. — Die Stellung der Motive . . . . . 64—66

§ 18. Die historischen und dogmatischen Argumente der strengeren Richtung . . . . . 67—72

§ 19. Die induktive Beweisführung der strengeren Richtung . . . . . 72—74

§ 20. Das Ergebnis. — Schranken der Ehevertragsfreiheit nach der vertretenen Meinung . . . . . 75—77

Schluß.

§ 21 . . . . . 78—80

Anhang: Uebersicht über zwingende Normen im Eherecht des Auslandes . . . . . 81—86

§ 22. Die allgemeinen Wirkungen der Ehe . . . . . 81—85

§ 23. Das eheliche Güterrecht . . . . . 85—86

Literatur.

Anders, Grundriß des (österreichischen) Familienrechts, Leipzig 1909.

v. Baligand, Der Ehevertrag, Würzburger gekrönte Preisschrift, München 1906.

Bentzon, Den Danske Familieret, Kopenhagen 1910.

Biermann, Bürgerliches Recht, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908.

Bollenbeck, Die Zulässigkeit gemischter Güterstände unter dem BGB. . . . . i. Recht, 1904, 32 ff.

Bollenbeck, Umfang und Grenzen der Vertragsfreiheit im ehelichen Güterrecht, i. Zeitschr. d. deutsch. Notarvereins 1911, 751 ff.

Bonnecase, Die Reform des gesetzlichen ehelichen Güterstandes in Frankreich und die Lehren der Praxis i. Rheinische Zeitschr. f. Privatr. und Zivproz. Bd. 4, 217 ff.

Breit, Rezension der Schrift v. Ziegenhierds, s. diesen i. DJZ. 1907, 779.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Auflage, Jena 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, IV., Tübingen 1908.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Lehrbuch, IV., 3. Aufl., Halle.

Dernburg-Sokolowski, System des römischen Rechts, 8. Aufl., Berlin 1911.

Dosfel, Kern von ons Burgerlijk Wetboek, Gent 1905.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB., IV., 1. und 2. Aufl., Berlin 1904.

Eckstein, Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit, i. Archiv f. bürg. Recht 38, 195 ff.

Egger, Kommentar zum Schweizerischen ZivGes.B., II, Familienrecht, Zürich 1912.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Berlin 1903.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., München 1911.

Heckelmann, Sind gemischte Güterstände nach dem BGB. zulässig? Heidelberger Diss., Borna-Leipzig 1907.

Heymann, Ueberblick über das englische Privatrecht, in Köhlers Encyclopädie, I, 793 ff. Leipzig-Berlin 1904.

Hoch, Unterhaltspflicht und Anspruch der Ehegatten untereinander, Rostocker Diss. 1904.

Hoelder, Rezension der Schrift Ehrlichs, s. diesen, in Krit. VJSchr., 42.

Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim u. Leipzig 1910.

Hoerle, Ueber die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353/61 BGB., in ArchBürgR. 31, 113 ff.

Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB., 2. Auflage, Berlin 1900.

Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht, 11./12. Aufl., Berlin 1900.

Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Tübingen 1911.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, Berlin 1906.

Lehmann, Das bürgerliche Recht, Teil 3—5, 2. Auflage, Marburg 1901.

Lehr, Eléments de droit civil scandinave, Paris 1901.

Leonhard, Anmerkungen zu Eck, s. diesen.

Leske, Das bürgerliche Gesetzbuch und das Allgemeine Landrecht, II, 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.

Lins, Kann römisches Dotalrecht unter BGB. durch Ehevertrag zum Güterrecht einer Ehe bestimmt werden? (oder ähnl.) Dissertation.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Berlin 1900.

Menzel, Das Verhältnis der Schlüsselgewalt zur häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten, im Sächs. Archiv f. bürgerl. R. u. Proz. 13, 609 ff.

Meyer, Das gesetzliche eheliche Güterrecht, i. Blätt. f. Rechtsanwendung 64, 9 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Berlin-Leipzig 1898.

Müller, Ueber zwingende und nachgiebige Rechtsnormen nach BGB., i. Blätt. f. Rechtsanwendung 66, 1 ff., 21 ff.

Neumann, Handausgabe des BGB. f. d. Deutsche Reich, 5. Aufl., Berlin 1909.

Oertmann, BGB., 1. Buch, Allg. Teil, 2. Aufl. des Kommentars von Gareis, Berlin 1908.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Berlin 1912.

Opet, Das Familienrecht, 1. Abschnitt, Bürgerl. Ehe, Berlin 1903-4.

Opet, Das Namensrecht des BGB. im Archiv f. Ziv.-Prax. 87, 313 f.

Ostern, Die Schlüsselgewalt der Frau nach dem Rechte des BGB., Gießener Diss., Worms 1898.

Planck, BGB., 3. Aufl., Berlin 1906.

Planiol, Traité élémentare de droit civil., 6. Aufl. Paris 1911.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB., Berlin 1897.

Rabel, Streifgänge im schweizerischen Zivilgesetzbuch II., i. Rheinische Zeitschr. f. Privatr. und Zivilproz. Bd. 4, 135 ff.

Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.

Reichsgerichtsräte, Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG., Nürnberg-Leipzig 1911.

Richter, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau. Diss.

Rocholl, Das Eherecht des BGB., Berlin 1900.

Rosenfeld, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach dem bisherigen deutschen Recht und dem BGB., Berlin 1900.

Rothe, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, Erlanger Diss., Berlin 1896.

Schmidt, A. B., Familienrecht, 1. Abschnitt, die bürgerliche Ehe, München 1907.

Schmitt, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach deutschem Recht, Diss. München 1893.

Scriba, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau (oder ähnl.), Diss.

Siegel, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach bisherigem deutschem Recht und dem BGB., Greifswalder Diss. 1900.

Siméon, Recht und Rechtsgang, II, 4. Aufl., Berlin 1908.

v. Staudinger, Kommentar zum BGB., 7/8. Aufl., München-Berlin 1913.

v. Staudinger, Namensrecht und Adelsrecht, in DJZ. 1898, 362 ff.

Stephens, New Commentaries on the Laws of England, II, 15. Aufl., London 1908.

Stern, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach dem BGB. Jenaer Diss. Würzburg 1903.

v. Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen BGB., 7. Aufl. Wien 1898.

Süssheim, Das Namensrecht von Frau und Kind, in Gruchots Beitr. 43, 379 ff.

Titze, Familienrecht, Leipzig 1906.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.

v. Wächter, Pandekten, Leipzig, 1881.

Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, im ArchBürgR. 26, 54 ff.

Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, 2 Bände, Düsseldorf 1900, 1904.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt am Main, 1906.

Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, II 2, Das Familienrecht, 1. Abschnitt, Marburg 1912.

Zachariä-Crome, Handbuch des Französischen Zivilrechts, 8. Aufl., Freiburg 1895.

v. Ziegenhierd, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach altem und neuem deutschen Recht, Leipzig, 1906.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines BGB, IV. Berlin, 1900.

Judikatur.

Entscheidungen des Reichsgerichts in
der amtlichen Sammlung, Bd. 5, 23, 29, 55, 61, 64, 71.
der JW. Jahrgang 1900, 1901, 1905, 1908.
der DJZ., Jahrgang 1898.
des „Rechts", Jahrgang 1901, 1903, 1905 ,1907.
bei Gruchot, Bd. 24, 50.
bei Seuffert, Bd. 44.

Entscheidungen des bayr. Obersten Landesgerichts, Bd. 5, 9.

Entscheidungen von Oberlandesgerichten und Appellationsgerichten in
Rechtsprechung der OLG. (Mugdan-Falkmann), Bd. 1, 2, 3, 4, 7, 14, 15, Johow (KG.) Bd. 20.
Hess. Rechtsprechung (OLG. Darmstadt), Jahrg. 1900, 1905.
Badische Rechtspraxis (OLG. Karlsruhe), Jahrg. 1903.
bei Seuffert, Bd. 13, 18, 26, 46.

Entscheidungen der Landgerichte: Metz in Els. Loth. Not. Zschr. 23, Elberfeld in Zbl. f. FRG., III.

I. Teil.

Grundlegung.

§ 1.

Der Begriff des zwingenden Rechtes.

Zugrunde gelegt sei den folgenden Ausführungen Windscheids Definition des Begriffs des zwingenden Rechtes. Nach ihr sind diejenigen Gesetzesbestimmungen zwingenden Rechtes, die auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Personen, für die sie gegeben sind, erklären, daß sie nicht zur Anwendung kommen sollen.[1])

Diese Definition hat einen wesentlichen Vorzug vor anderen. Sie bringt klar zum Ausdruck, daß es immer nur bestimmten Personen verstattet sein kann, allgemeine Gesetzesvorschriften für konkrete Rechtsbeziehungen außer Kraft zu setzen. Deshalb sind, wenn anders der Begriff nicht praktisch wertlos werden soll, als zwingenden Rechtes nur diejenigen Bestimmungen zu bezeichnen, denen gegenüber auch eine Ausschlußerklärung der bestimmten im Einzelfall Berechtigten wirkungslos ist. —

Gegen die Auffassung Windscheids vom zwingenden Rechte, die in ihren Grundlagen von der herrschenden Meinung geteilt wird, sind hier und da Angriffe erhoben worden.

So hat insbesondere Ehrlich[2]) eingehend die Auffassung vertreten, daß die Frage, ob eine Vorschrift zwingend sei oder nicht, überhaupt nur bei den auf Rechtsgeschäfte bezüglichen Vorschriften gestellt wer-

---

[1]) Windscheid-Kipp I 125.

[2]) S. 1—10.

den könne. Seine Ansicht hat nirgends Anhänger gefunden.[3]) Sie wird auch weder durch die Gebote der Logik erfordert, noch entspricht sie der Anlage und dem Geist des BGB.

Es ist logisch sehr wohl möglich, daß solchen Personen, die das Gesetz durch ein Rechtsband verbunden hat, wie etwa Eltern und Kinder,[4]) Gemeinschafter, Verlierer und Finder, von demselben Gesetz die Fähigkeit zugestanden wird, jenes Band auf Grund Uebereinkunft zu lösen oder anders zu knüpfen.

Und es läßt sich in keiner Weise nachweisen, daß das BGB., das doch — wie allgemein anerkannt — auf dem Grundsatze der Vertragsfreiheit[5]) beruht, diesen Grundsatz nur gegenüber denjenigen Bestimmungen, die sich auf Rechtsgeschäfte beziehen, zur Geltung bringen will, gegenüber andern Normen aber keinerlei abweichende Parteiverträge zulassen will — ohne Rücksicht auf den Inhalt der Bestimmung und des Vertrages. Einen solchen Formalismus darf man dem BGB. ohne zwingende Gründe nicht unterstellen. —

Es kann deshalb auch für die folgende Arbeit eine Erörterung der Streitfrage unterbleiben, ob die Vorschriften des Eherechts sich als Ausgestaltungen eines Vertragsverhältnisses darstellen — diese Ansicht dürfte zutreffen — oder ausschließlich auf dem Gesetz beruhende „Zustands"- oder „Statusrechte" enthalten.

Auf der andern Seite kann eingeräumt werden, daß es auch Rechtsnormen gibt, denen gegenüber die Frage, ob sie zwingenden Rechtes sind oder nicht, schon logisch verfehlt ist. Beispiele werden sogleich folgen. Es steht jedoch nichts im Wege, auch derartige Vorschriften als zwingenden Rechtes zu bezeichnen; der vorangestellten Definition wird ein solches Verfahren durchaus gerecht.

---

[3]) gegen ihn Hölder, Krit. VJSchr. 42, 278 ff., Windscheid-Kipp I. 126, Endemann I 44.

[4]) Hier ist abgesehen von der etwaigen Geschäftsunfähigkeit der Kinder und etwa an die Unterhaltspflicht volljähriger Kinder gedacht.

[5]) Vgl. nur Oertmann I. S. XXI, Fischer-Henle XXVIII, v. Tuhr 25.

§ 2.

Richtlinien für die Annahme zwingender Natur bei Bestimmungen des BGB.

Bei einzelnen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches hat der Gesetzgeber die zwingende Natur der betreffenden Vorschrift besonders zum Ausdruck gebracht, weil ihm dies „wegen der Wichtigkeit und Zweifelhaftigkeit des Falles angemessen erschien".[6]) Im allgemeinen aber hat er die Erkenntnis, welchen Bestimmungen zwingender Charakter zuzusprechen sei, der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.

Diese Erkenntnis soll nach Planck[7]) dem Zusammenhang und der Natur der betreffenden Rechtsregeln zu entnehmen sein.

Die Fälle, in denen schon auf dem Wege grammatischer Auslegung bezügliche Folgerungen zu ziehen sind, bedürfen keiner besonderen Betrachtung.

In welchen verschiedenartigen Fällen die „Natur" der betreffenden Rechtsnorm deren Charakter als zwingender bedingt, muß geprüft und die Ergebnisse müssen geordnet werden. Die verschiedenen in der Literatur erwähnten Gruppen angeblich zwingender Normen werden — in der im Rahmen dieser Spezialarbeit gebotenen Kürze — durchgegangen werden. Nach einem einheitlichen Prinzip lassen sich diese Gruppen freilich nicht ordnen, da ihre Aufstellung auf den verschiedenartigsten logischen, ethischen, sozialwirtschaftlichen Erwägungen beruht.

§ 3.

Logische Gründe zwingenden Rechtes.

Als zwingenden Rechtes werden diejenigen Bestimmungen anzusehen sein, die die Grundlagen des Rechtsverkehrs schaffen.[8]) Zu ihnen gehören die Bestimmungen über Rechts- und Geschäftsfähigkeit,[9]) juristische

[6]) Motive I, 17.

[7]) I 23.

[8]) Müller 4 spricht von den Bestimmungen, deren Einhaltung Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung des beabsichtigten Erfolges ist. Auch diese Gruppierung ist durchaus möglich; sie umfaßt außer den oben bezeichneten Normen noch die Formvorschriften.

[9]) So z. B. auch Regelsberger 130.

Persönlichkeit, Personenstand,[10]) sowie über die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen von Rechtsgeschäft und Vertrag.[11]) Alle diese Normen werden im folgenden kaum eine Rolle spielen. Zur Begründung mag daher nur beispielsweise darauf hingewiesen werden, daß es sinnlos wäre, wenn etwa jemand, dem das Gesetz die Geschäftsfähigkeit abgesprochen hat, auf rechtsgeschäftlichem Wege, durch Vertrag mit seinem gesetzlichen Vertreter, sich diese Fähigkeit wieder beilegen könnte; oder wenn zwei Personen wirksam vereinbaren könnten, Scherzgeschäfte zwischen ihnen sollten wirksam sein.

In den allgemeineren Zusammenhang dieser Gruppe kann man vielleicht auch die für diese Arbeit viel bedeutungsvolleren sogenannten Verbotsnormen einschließen, als grundsätzliche Einschränkungen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Es sind das Vorschriften, deren Zweck sich gerade darin erschöpft,[12]) bestimmte Parteivereinbarungen als unzulässig zu kennzeichnen.

Der vorbezeichneten Gruppe nahe stehen die Formvorschriften, Normen, die als Voraussetzung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts bestimmten Inhalts die Beobachtung gewisser Förmlichkeiten bei Geschäftsabschluß aufstellen.[13]) Es wäre widersinnig, könnten Parteien rechtswirksam vereinbaren, für sie sollten die allgemein aufgestellten Wirksamkeitsvoraussetzungen des betreffenden Rechtsgeschäfts nicht gelten. Formvorschriften gibt es bei Rechtsgeschäften jeder Art, obligatorischen wie der Bürgschaft, dinglichen wie der Auflassung, erbrechtlichen wie dem Testament und so auch familienrechtlichen wie der Eheschließung und dem Vertrag über die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten (Ehevertrag).

Eine weitere Gruppe angeblicher zwingender Normen, deren zwingende Natur ebenfalls aus logischen Erwägungen gefolgert wird, kann nicht aner-

---

[10]) So auch v. Tuhr 27.

[11]) So Windscheid-Klipp I 126.

[12]) Im Regelfall; Ausnahmen bedürfen nach § 134 besonderer Bezeichnung; sie können außer Betracht bleiben.

[13]) Vgl. Oertmann XI, Endemann I, 42, Regelsberger 130.

kannt werden. Es sollen angeblich diejenigen Bestimmungen zwingend sein, die mit dem Wesen des Rechtsinstituts, dem sie angehören, so eng verknüpft sind, daß eine sie ausschließende Vereinbarung das Wesen des betreffenden Rechtsinstituts zerstören würde.[14])

Die von den Privaten begründeten Rechtsverhältnisse entsprechen vielfach den im Gesetz dargestellten Rechtsfiguren nicht. Der Betrachtung stellen sie sich teils als ganz neuartige, im Gesetz nicht vorgesehene, Rechtsgebilde dar, teils als Abarten der gesetzlichen Typen oder als Mischformen aus mehreren von ihnen. In den letzten beiden Fällen erscheint die Vereinbarung, besonders wenn sie auch äußerlich an das Gesetz anknüpft, leicht als eine Vereinbarung des gesetzlichen Verhältnisses (oder mehrerer mit einander verschmolzener) unter Ausschluß gewisser vom Gesetz normierte Folgen. Der Schluß auf die Unzulässigkeit eines solchen Ausschlusses ist dann nahegelegt.

Die Vertragsfreiheit erfordert aber, daß ebenso wie sonstige vom Gesetz ganz unberührte Abmachungen Privater auch diejenigen grundsätzlich zuzulassen sind, die ein gesetzliches Rechtsinstitut „aushöhlen", den größten Teil der im Gesetz normierten Folgen außer Kraft setzen, oder die mehrere Gesetzestypen beliebig mischen.[15]) Das Gesetz gibt auch nirgends irgendwie an, welche Folgen des gerade behandelten Rechtsinstitutes es für besonders wesentlich hält. Auch anderweit ist ein Criterium für eine Unterscheidung der wesentlichen Folgen von den unwesentlichen nirgends gegeben. Wer unterscheidet, zieht die Grenze ersichtlich nach seiner Willkür oder bestenfalls einem vagen Gefühl folgend.

Es muß daher grundsätzlich den Privaten unbenommen sein, den größten Teil dieser Folgen für sich außer

---

[14]) Allgemein so Dernburg I, 58, Dernburg-Sokolowski I, 50, aber auch sonst verschiedene Schriftsteller in der Einzeldarstellung. Beispiele finden sich gerade in der Literatur zu dem behandelten Rechtsgebiet in erheblicher Zahl); vgl. die Ausführungen unten in Teil II und III.

[15]) im Recht der Schuldverhältnisse unstreitig, vgl. dort die erhebliche Literatur über „Gemischte Verträge", z. B. nur Höniger.

Kraft zu setzen, das Rechtsinstitut auszuhöhlen, so daß gewissermaßen nur das „nudum ius" erhalten bleibt. — Im BGB. findet sich nicht eine Bestimmung, die für die Gegenmeinung zu deuten wäre, und die Rechtsprechung zum BGB hat daher auch in dem in der Praxis häufigsten Falle der vertretenen Auffassung entsprochen.[16])

Erläuternd ist hierzu zu bemerken: der Parteiwille findet oftmals keinen rechten Ausdruck und muß infolgedessen nach den Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 242 BGB. ausgedeutet werden. So wird nicht selten als Sinn eines Vertrages im Sinne der — objektiven! — Auslegung an Stelle der „Aushöhlung" eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses entweder dessen Vernichtung oder Aufgabe oder auch die Schaffung, der Erwerb eines anderen Rechts, die Konstituierung eines anderen Rechtsverhältnisses, sei es eines der im Gesetze behandelten, sei es eines eigener Art, eines Mischtyps, als gewollt zu ermitteln sein. Diese wirklich gewollten Rechtsgeschäfte aber können mangels der Erfüllung der für Geschäfte ihrer Art gegebenen Formvorschriften unwirksam sein. Die Unwirksamkeit ist jedoch dann nicht um deswillen anzunehmen, weil dem Wesen eines Rechtsinstitutes zuwider gehandelt ist.[17])

Auch an Beispielen läßt sich die Unrichtigkeit des bekämpften Satzes unschwer nachweisen. Wo soll die Grenze sein, über die hinaus die ein Rechtsinstitut ausgestaltenden Normen des Gesetzes nicht mehr ausgeschlossen werden können? Soll ein als Leihvertrag bezeichneter Vertrag unzulässig sein, der die Zeit der Rückgabe des Entliehenen in das freie Belieben des Entleihers stellt, oder ist der Vertrag erst dann als im unlösbaren Widerspruch mit dem Wesen der Leihe stehend nichtig, wenn er auch den § 605 BGB. außer Kraft setzt?

---

[16]) bei den Sicherungsübereignungen, indem sie diese grundsätzlich für zulässig erklärt.

[17]) so dann, wenn bei einer angeblichen Sicherungsübereignung tatsächlich eine Pfandbestellung ohne Besitzübertragung gemeint war (mit allen ihren Wirkungen, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, und ohne die der Uebereignung); das wird aber regelmäßig gerade nicht der Fall sein.

Die gleichen Folgerungen lassen sich bei den in der Literatur angeführten Beispielen ziehen. So wird z. B. unten noch darzutun sein, wie wertlos die nicht seltene Berufung auf das „Wesen" eines Güterstandes bleiben muß, da nirgends exakt zu bestimmen ist, wo die Grenze der „wesentlichen" Bestandteile des Gesetztyps ist.

§ 4.

Ethische Gründe zwingenden Rechtes.

Eine Verbotsnorm, § 138 BGB., besagt, daß Rechtsgeschäfte nichtig seien, die gegen die guten Sitten verstoßen. Das gilt folgerichtig auch für solche sittenwidrigen[19]) Rechtsgeschäfte, die Bestimmungen des BGB. außer Kraft setzen. Vorschriften, denen gegenüber alle ausschließenden Verträge als sittenwidrig erscheinen würden, sind zwingenden Rechtes.[20])

Eine ganze Reihe von Rechtsnormen, die von der Literatur aus verschiedenen, gleich zu erörternden Gründen für zwingend erklärt werden, sind es in der Tat nur, weil und soweit ihr Ausschluß den guten Sitten widerstreiten würde. Es sind dies die Gruppen der angeblich dem Schutze der sozial Schwachen,[21]) der Persönlichkeit,[22]) der persönlichen Freiheit[23]) und der öffentlichen Ordnung[24]) dienenden Bestimmungen.

Dem Schutz der sozial Schwachen dienen unstreitig die ausdrücklich als zwingend bezeichneten §§ 617/8,

---

[19]) Es sei erlaubt, im folgenden diesen kurzen Ausdruck für die den guten Sitten widerstreitenden Rechtsgeschäfte anzuwenden.

[20]) Im Hinblick auf § 138 erübrigt sich nach obigem eigentlich die Aufstellung einer besonderen Gruppe im Interesse des Schutzes der guten Sitten zwingender Normen. Eine solche findet sich jedoch allgemein in der einschlägigen Literatur, wohl auf Grund der Empfindung, daß der im § 138 zum Ausdruck gekommene Gedanke auch ohne diese Vorschrift das BGB. beherrscht hätte, und ist der Bequemlichkeit halber im Text beibehalten.

[21]) Biermann 90, Müller 23ff., Kohler I 19, Regelsberger 130 (gemeinrechtlich).

[22]) Eckstein 203.

[23]) Endemann I, 40ff., Kohler I, 19, Wächter 95 (gemeinrechtlich).

[24]) Wächter 95/6.

544, 1229, 1614 I BGB. Daß sie als solche bezeichnet sind, beruht auf der Betrachtung, daß abweichende Verträge im allgemeinen nur geschlossen werden, wenn die durch den betreffenden Paragraphen berechtigte Partei einem starken wirtschaftlichen Druck unterliegt. Die Verträge würden daher in der Regel mindestens kraft der sie begleitenden Umstände gemäß § 138 nichtig sein; um aber die Stellung der sozial schwachen Partei völlig zu sichern, hat der Gesetzgeber diesen Normen zwingende Kraft beigelegt. Hieraus kann gefolgert werden, daß es sich um Ausnahmevorschriften[25]) handelt und daß, wo der Gesetzgeber nicht ausdrücklich eingeschritten ist, die Nichtigkeit von Verträgen, die Rechte des sozial schwachen Vertragsteils ausschließen, von dem Nachweis der Sittenwidrigkeit im Einzelfall abhängig bleiben sollte.[26])

Hingegen verficht Eckstein[26a]) neuestens den Satz, daß die Persönlichkeit ein unveräußerliches Rechtsgut sei. Er läßt sich dahin aus, daß Rechte absolut unveräußerlich seien, die der Persönlichkeit aus zwingenden Rechtsnormen erwachsen. Zu diesen Rechten zählt er insbesondere auch solche der Ehegatten. Aber seine Auffassung ist grundsätzlich irrig. Diese Rechte können nicht deshalb unveräußerliche Persönlichkeitsrechte sein, weil sie zwingend gegeben sind. Die Unveräußerlichkeit eines Rechts ist nicht eine Folge seiner zwingenden Natur, sondern mit dieser identisch, und seine Natur als Persönlichkeitsrecht könnte ein Grund, niemals aber eine Folge seiner zwingenden Natur sein.[27]) Richtig wird man aber die in Frage stehenden Rechte nicht deshalb für zwingend halten, weil sie an der Persönlichkeit haften, denn für eine solche Begründung gibt Wortlaut und System des BGB. keinen Anhalt und auch Eck-

---

[25]) ebenso v. Tuhr 28.

[26]) Die von Müller 23 ff. angeführten Beispiele überzeugen nicht. Sie betreffen teils Vorschriften, die zu Unrecht als zwingend bezeichnet werden, teils solche, die es aus dem in § 5 dieser Arbeit behandelten Grunde sind.

[26a]) Am vorn ang. Orte.

[27]) Einen Grund für die zwingende Natur gibt Eckstein überhaupt nicht an; er verweist nur auf die Meinung der Literatur.

stein vermag keinen zu geben. Sondern man wird, wenn und wo man den gedachten Rechten überhaupt zwingende Natur beilegt, dies deshalb tun, weil eine Aufgabe des in Frage stehenden Rechts der Persönlichkeit den guten Sitten widerstreiten würde.

Verschiedene ausdrücklich als zwingend bezeichnete Bestimmungen des Gesetzbuches dienen dem Schutze der persönlichen Freiheit.[28]) Eine Betrachtung der betreffenden Vorschriften rechtfertigt die Annahme, daß sie die persönliche Freiheit um deswillen schützen, weil ihre Beschränkung entgegen den in Frage kommenden Paragraphen den guten Sitten zuwiderlaufen würde. Ein Prinzip ist ihnen also nicht zu entnehmen.

Die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten durch Ausschluß von Persönlichkeitsrechten und Einschränkung der persönlichen Freiheit spielt gerade im Eherecht[29]) eine Rolle.

Auch das angebliche Prinzip des Schutzes der öffentlichen Ordnung soll gerade im Eherecht Anwendung finden. Das Prinzip hatte im ersten Entwurf des BGB. in dem § 106 (der sonst dem jetzigen § 138 entsprach) Aufnahme gefunden, ist aber in der zweiten Lesung mit Recht gefallen. Natürlich könnte es auch ohne positive Bestimmung dem Gesetz innewohnen, aber ein Beweis dafür ist nicht erbracht und kaum zu erbringen. Das BGB. regelt, wie schon sein Name besagt, das Privatrecht des Deutschen Reiches (zum erheblichsten Teil). Es hat grundsätzlich mit dem öffentlichen Recht, mit dem Inbegriff der Normen, die sich auf den Staat, seine Organe und dessen, bezw. deren Beziehungen zu den einzelnen Staatsbürgern beziehen,[30]) gar nichts zu tun. Dabei kann außer Betrachtung bleiben, ob einzelnen Bestimmungen des BGB. regelwidrig öffentlichrechtliche Natur innewohnt. Keinesfalls ist das etwa bei dem gesamten Familienrecht der Fall.

Nun wirkt der Staat dadurch, daß er Gesetze gibt und dem gesetzten Recht teilweise zwingende Natur

---

[28]) §§ 723 III, 749 III, 533.
[29]) letztere im Güterrecht.
[30]) so die wohl herrschende Auffassung des Begriffs öffentliches Recht.

beilegt, auch auf das Privatrecht ein. Insofern sind freilich mindestens alle zwingenden Privatrechtsnormen Bestandteile der „öffentlichen Ordnung".

Dagegen kann man nicht zwingende Natur einer Norm erst damit begründen, daß ihr Ausschluß der „öffentlichen Ordnung" widerspräche. Denn es ist gar nicht abzusehen, worin diese „öffentliche Ordnung" in den Beziehungen der einzelnen bestehen soll. Der erwähnte Begriff wird nicht selten aufgestellt, um irgendwelchen rechts- oder sittenpolitischen Anschauungen eine privilegierte Stellung zu verschaffen. Es ist aber noch nirgends der Versuch gemacht, einmal festzustellen und zu umgrenzen, was auf privatrechtlichem Gebiet von der „öffentlichen Ordnung" erfordert wird und warum es erfordert wird. Mit Recht ist deshalb auch der bezügliche Passus des § 106 Entw. BGB. in der zweiten Kommission unter der ausdrücklichen Begründung gestrichen worden, daß dem fraglichen angeblichen Rechtsbegriff „eine sichere Umgrenzung fehle".[31])

Also auch die Vereinbarungen, die nach der Literatur, wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung unwirksam sein sollen, sind nur dann mit Recht als unwirksam zu bezeichnen, wenn und soweit sie etwa den guten Sitten zuwiderlaufen.

§ 5.

Sozialwirtschaftliche Gründe zwingenden Rechtes.

Zuweilen werden aus volkswirtschaftlichen Gründen Bestimmungen für zwingenden Rechtes erklärt.[32]) Das ist im allgemeinen unrichtig. Das Gesetz soll, da wo es wirtschaftliche Beziehungen regelt, natürlich stets die durchschnittlich angemessensten Regelungen vorschlagen. Damit ist aber noch lange nicht gesagt, daß es diese nun den Parteien für jeden Einzelfall aufzwingen soll. Wollte es dies, so würde das — für die Normalfälle — besterdachteste Gesetzbuch sich bei der An-

[31]) Prot IV 124, Jacobi 66.

[32]) so z. B. von Biermann; eine schier unglaubliche Konsequenz findet sich auch bei Ehrlich 84, 90.

wendung doch unbrauchbar erweisen, weil es in unzähligen abnormen Fällen die Beteiligten vergewaltigen würde.[33])

Eine Ausnahme von weittragender Bedeutung wird freilich zu machen sein, weil durch die Verhältnisse der Sozialwirtschaft erfordert. Sie besteht in der Berücksichtigung des Prinzips des „Schutzes Dritter".

Hierbei handelt es sich nicht darum, daß zwei oder mehrere Vertragschließende nicht Dritte in ihren wohlerworbenen Rechten schmälern können. Denn zu einem solchen Ausschlusse eines erworbenen Rechtes muß der Berechtigte jedenfalls mitwirken. —

Auf Grund mancher Bestimmungen des Gesetzes stehen Personen, die nicht zu denjenigen gehören, die an dem gerade in Frage stehenden Rechtsverhältnis unmittelbar beteiligt sind, gewisse Rechte oder wenigstens gewisse Rechtspositionen gegenüber den Nächstbeteiligten zu. So befassen sich viele Bestimmungen gerade des Eherechts mit den Rechten Dritter gegenüber den Ehegatten und besonders ihrem, durch Ehe und Eheverträge beeinflußten, Vermögen. So sei ferner auf schuldrechtlichem Gebiete nur an die Norm des § 419 BGB. erinnert, so haben auch anderweit — u. z. auch in Fällen, in denen das Gesetz nicht durch positive Vorschriften die Möglichkeiten eines Rechtserwerbs durch Dritte geregelt hat — diese ein dringendes wirtschaftliches Interesse daran, daß die gesetzlichen Vorschriften nicht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen sind — oder wenigstens an der Publizität des Ausschlusses.

Gegen die Schaffung einer Rechtslage, die solche berechtigten Interessen der Dritten schmälern würde, müssen diese geschützt sein. Soweit es sich nun um Dritte unmittelbar berechtigende Bestimmungen handelt, — d. h. Bestimmungen, die Dritten unmittelbar die Möglichkeit geben, Rechte zu erwerben, wie § 419 BGB. oder manche Vorschriften des Ehegüterrechts, besteht der

---

[33]) Vgl. hierzu die Aeußerung Rabels 137/8 — in einem anderen Zusammenhang —: Sollte der Richter (der ja schließlich in praxi über die zwingende Natur einer Norm zu entscheiden hat) entscheiden, was sozialschädlich ist, dann hätte das Privatrecht die längste Zeit gelebt.

Schutz darin, daß die Nächstbeteiligten die betreffenden Normen nicht wirksam ausschließen können.

Schwieriger wird die Erkenntnis des erforderlichen Schutzes Dritter dort sein, wo derartige positive Bestimmungen fehlen. Eine eingehende Untersuchung über die in solchen Fällen gegebenen Folgerungen des Prinzips des Schutzes Dritter würde hier zu weit führen. Angemerkt sei nur, daß die Vorschriften über den guten Glauben und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hierhergehören, und daß hierher gehören könnte das in der Literatur allgemein behauptete Bestehen eines numerus clausus der unmittelbaren Herrschaftsrechte[34]) und eines solchen der Formen des Miteigentums.[35]) Wäre in diesen Fällen ein solcher numerus clausus anzuerkennen, so würde das für die Darstellung des zwingenden Rechts im Ehegüterrecht von erheblicher Bedeutung sein, vgl. darüber S. 67 und S. 76.

[34]) Planck III 4, Staudinger III 7.
[35]) Staudinger III, 517, IV, 441 13/14.

II. Teil.

Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen.
(§§ 1353—1362.)

§ 6.
Der Titel 5 des Eherechts des BGB. im ganzen.

Eine allgemeine Einsicht darein, ob die Normen des Titels 5 des bürgerlichen Eherechts, des sogenannten persönlichen Eherechts,[1]) zwingender Natur sind oder nicht, ist aus dem vorstehenden nicht ohne weiteres zu gewinnen.

Nur das kann ohne besondere Prüfung behauptet werden, daß die Unzulässigkeit eines Ausschlusses der durch die §§ 1353—1362 unter den Ehegatten begründeten Beziehungen nicht von logischen Erwägungen erfordert wird. Ob ein Ausschluß den guten Sitten zuwiderlaufen oder die Stellung gutgläubiger Dritter gefährden würde, wird zu erforschen sein.

In der Literatur bezeichnet eine erhebliche Minderheit der Schriftsteller das persönliche Eherecht grundsätzlich als zwingender Natur.[2]) Einige Schriftsteller scheinen durch konstruktive Erwägungen zu dieser Stellungnahme bestimmt zu sein, ein Vertrag der gedachten Art soll dem „Wesen der Ehe" widersprechen.[3]) Andere meinen, daß derartige Verträge dem „sittlichen Wesen der Ehe" widersprächen, also den guten

---

[1]) Diese kurze, freilich unscharfe, Bezeichnung wird der Bequemlichkeit halber fortan durchgeführt.

[2]) Cosack II, 563, Lehmann 430, v. Tuhr 27, Endemann II, 231, Müller 28, Wieruszowski 15, Anm. 2 (mit einer selbstverständlichen Einschränkung), wohl auch Rocholl 104.

[3]) Wieruszowski, auch Müller.

Sitten zuwiderliefen.[4]) Gelegentlich findet sich für diese Auffassungen auch eine Berufung auf ein Reichsgerichtsurteil.[5]) Dieses stellt allerdings ziemlich obenhin den Satz auf, daß gegenüber den das eheliche Zusammenleben regelnden Bestimmungen für rechtsgeschäftliche Abmachungen kein Raum sei. Ob dabei konstruktive (vgl. S. 53) oder Sittenbedenken (vgl. S. 51) ausschlaggebend für das RG. gewesen sind, ist nicht recht ersichtlich.

Etwas gemildert ist die strengere Auffassung bei einem Schriftsteller.[6]) Verträge der gedachten Art seien unter gewissen Umständen zulässig, jedoch nur unter der „clausula rebus sic stantibus" giltig. Sie wären „hinfällig und widerruflich, sobald sich bei Aenderung der Verhältnisse ein Widerspruch mit den rechtlichen oder sittlichen Grundlagen der Ehegemeinschaft herausstelle".

Eine Mehrheit der Schriftsteller steht den fraglichen Verträgen nicht durchaus ablehnend gegenüber[7]) und überläßt die Entscheidung der Betrachtung des Einzelfalles. Freilich kommt vielfach die Ansicht zum Ausdruck, daß im allgemeinen derartige Verträge unwirksam sein würden.[8]) Seltsamerweise wird diese Auffassung auch von Schriftstellern vertreten, die die Unwirksamkeit solcher Verträge mit dem Vorliegen eines Verstoßes gegen das „Wesen der Ehe" zu begründen pflegen.[9]) Wer grundsätzliche konstruktive Bedenken hat, kann auch nicht aus praktischen Erwägungen Ausnahmen zulassen.

---

[4]) Lehmann. Die beiden bezeichneten Wendungen finden sich überhaupt, auch in der Spezialliteratur und der Rechtsprechung zu den einzelnen Bestimmungen, immer wieder, ohne daß mit Bestimmtheit behauptet werden kann, daß durchweg der dargestellte Unterschied in der Bedeutung ausgedrückt sein will.

[5]) 61 S. 50 ff.

[6]) Endemann II, 2, 290, im Gegensatz zu der oben angeführten Stelle II, 2, 31.

[7]) Motive IV, 309, Planck IV 94/5, Staudinger IV, 2 und 139, Neumann II, 744, Opet 92, Matthiass 574, Jacobi 62, 64, 66, Hoerle 167/8, Ehrlich 183/4, A. B. Schmidt (zu Endemann hinüberneigend).

[8]) so Hoerle, Matthiass, Neumann, Planck, Schmidt, Staudinger.

[9]) Planck und Staudinger.

Besonders interessant und wichtig ist die Stellungnahme der Motive.[10]) Sie sprechen ausdrücklich aus, daß Verträge auf dem Gebiete des persönlichen Eherechts nicht allgemein ausgeschlossen seien. Als Schranke genügten die allgemeinen Vorschriften des BGB., „insbesondere die Vorschrift des § 106 in Verbindung mit der Erwägung, daß das Institut der Ehe ein Institut der öffentlichen Ordnung sei. Daraus ergibt sich von selbst, daß jede Vertragsbestimmung, welche nach dem ganzen Sinn und Zweck des Gesetzes gegen das familienrechtliche Verhältnis der Ehe und damit gegen die öffentliche Ordnung verstößt, nach Maßgabe des § 106 nichtig ist." Diese Auslassungen zeigen mit zu begrüßender Deutlichkeit, daß die Motive Bedenken konstruktiver Natur gegen Verträge der fraglichen Art nicht haben. An anderen Stellen freilich operieren auch sie mit dem „Wesen der Ehe".[11]) Doch läßt sich bei diesen Aeußerungen durchweg dem Hinweis auf § 106 Entw. BGB. oder dem Zusatz „sittlich" eine Deutung im Sinne des Vorliegens von Sittenbedenken entnehmen. Der Hinweis auf die „öffentliche Ordnung" aber (und zugleich wohl auch die Bezugnahme auf das „familienrechtliche Verhältnis der Ehe") ist durch die schon berührte Streichung des bezüglichen Passus im § 106 Entw. gegenstandslos geworden.

Aus dem Gesetz selbst ist eine Entscheidung nicht zu entnehmen. Auch nicht auf dem Wege grammatischer Interpretation. Man könnte zwar daran denken, argumento e contrario aus der ausdrücklich durch § 1432 gewährten Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts zu folgern, daß auf dem Gebiet des persönlichen Eherechts für vom Gesetz abweichende Verträge kein Raum sei. Dies zumal, könnte man meinen, da doch auf dem Gebiet des im höheren Betracht weniger wichtigen Güterrechts die Wirksamkeit von Verträgen an eine besondere Form, Beurkundung, eventuell Eintragung, geknüpft sei. Eine solche Be-

[10]) IV, 309, gleich weitherzig Jacobi, Opet, Ehrlich.

[11]) IV, 142, 106; an der letzten recht bedenklich redigierten Stelle ist gar von der „natürlichen Stellung des Ehemanns" die Rede. Darüber s. unten.

trachtung ließe aber außer Acht, daß auf dem Gebiet des Güterrechts in weitem Umfang die Interessen Dritter, die in Vermögensbeziehungen zu den Ehegatten treten könnten, Ausschlußverträge würden unzulässig erscheinen lassen, wenn nicht durch besondere Maßnahmen ihre Zulassung ermöglicht würde. Gleiches läßt sich im allgemeinen von dem persönlichen Eherecht nicht sagen. In einem Falle, dem des § 1357, hat das Gesetz mit Rücksicht auf die Aehnlichkeit der Rechtslage, ähnlich wie im Güterrecht, Vorsorge getroffen.

Die Motive sind, entgegen vielen Angriffen, als wichtiges Auslegungsmittel anzusehen. Denn man darf von ihnen — nicht in allen Fällen, aber vielfach — eine Darlegung der für den Bau des Rechtssystems grundlegenden Erwägungen erwarten. Wenn sie nun zugunsten der grundsätzlichen Zulässigkeit der gedachten Verträge Stellung nehmen, so bestätigt die nähere Untersuchung der Grundlagen dieses Teiles des Rechtssystems ihre Auffassung, wie zu zeigen sein wird.

Daß dieser Anschauung konstruktive Erwägungen nicht entgegenstehen, ergibt bereits der erste Teil dieser Arbeit. Auch daß nicht durch Ausschluß jeder einzelnen der hier fraglichen Bestimmungen ein schutzwürdiges Interesse Dritter verletzt wird, ist kurz berührt, wird auch nirgends bezweifelt. Aber auch den guten Sitten laufen Verträge der gedachten Art nicht ohne weiteres zuwider.

Der im letzteren Punkt abweichenden Literatur und ebenso dem Reichsgericht wird man kaum Unrecht tun, wenn man ihnen etwa folgenden Gedankengang unterschiebt: Die Rechte und Pflichten der Ehegatten untereinander sind in erster Reihe sittlicher Natur.[11a]) Der Gesetzgeber hat jedoch die Vorschriften über die allgemeinen Wirkungen der Ehe in das Gesetz aufgenommen, um zu zeigen, welche Regelung dieses persönlichen Verhältnisses er für die normal-sittengemäße, ja für die den guten Sitten besonders entsprechende hält. Diese Absicht des Gesetzgebers können die einzelnen Ehegatten nicht ohne Verstoß gegen die guten Sitten vereiteln.

[11a]) Motive IV, 104.

Die Voraussetzung dieser Gedankenreihe trifft zu, die Folgerung ist aber abzulehnen. Gegen Wortlaut und Sinn des § 138 BGB. verstößt, wer die zwingende Natur einer Vorschrift statt mit der Sittenwidrigkeit ihres Ausschlusses gewissermaßen mit einem Mangel positiven Sittlichkeitsgehalts abweichender Parteiverträge begründet.[12]) Eine Vereinbarung, die nicht direkt den guten Sitten zuwiderläuft, ohne doch geradezu ein sittliches Postulat zu erfüllen, fällt in das Gebiet des sittlich Indifferenten, dem die Mehrzahl aller Rechtsnormen angehört.

Freilich eine Einschränkung des vertretenen freien Standpunkts, die ein Schriftsteller macht, erscheint nicht ganz unbeachtlich. Nämlich die Endemanns, daß etwa gültige Verträge nur unter der clausula rebus sic stantibus gälten.

Diese clausula rebus sic stantibus wohnt nach bürgerlichem Recht — abgesehen von nicht hierhergehörigen Sonderfällen — den Parteiverträgen nicht ipso iure inne.[13]) Es kann die Prüfung des Einzelfalles ergeben, daß nach der Absicht der Parteien der einen oder anderen Partei der Rücktritt wegen veränderter Umstände offenstehen soll.[14]) Es sind dann die bei Vertragsschluß vorausgesetzten Umstände zur Bedingung der Wirksamkeit des Vertrages erhoben. Und diese Prüfung wird gerade auf dem behandelten Gebiet stets notwendig und nicht selten erfolgreich sein. Aber ist sie es nicht, so kann im allgemeinen nicht eine Partei vom Vertrage zurücktreten, weil res non iam sic stant. Jedoch auf die Rechtsform kommt es nicht an.

Und die der clausula rebus sic stantibus entsprechende Wirkung tritt auf dem behandelten Gebiet schon ohne diese nach allgemeinen Grundsätzen über den Schutz

---

[12]) Hiergegen verstößt, um nur ein Beispiel zu geben, RSPRdOLG. 7, 458/9. Dort wird versucht, einen guten sozialethischen Zustand zu erzwingen, indem abweichende Vereinbarungen als sittenwidrig erklärt werden. — Systematisch vertreten wird die bekämpfte Auffassung von Stammler und einigen anderen; gegen sie kurz und zutreffend Oertmann I, 342.

[13]) Kaufmann 74/75.

[14]) Mot. II, 199.

der guten Sitten ein. Es wird gemeinhin — mit Recht — gelehrt, die Sittenwidrigkeit eines Vertrages bestimme sich nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dieser Satz soll offenbar auch auf langfristige Verträge Anwendung finden. Für diesen Sonderfall ist er aber einer Modifikation bedürftig. Viele Vereinbarungen sind nicht absolut sittenwidrig, sondern sind es nur unter den besonderen Umständen des Einzelfalles oder sind es nur unter diesen nicht.[15]) Diese besonderen Umstände, die eine wesentliche Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit oder, was hier wichtiger ist, sittliche Unbedenklichkeit eines Vertrages bilden können, werden während der Dauer eines langfristigen Vertrages leicht Aenderungen unterliegen. Lief nun zur Zeit des Vertragsschlusses die Vereinbarung den guten Sitten zuwider, so ist sie vollinhaltlich nach § 138 nichtig. War sie aber anfänglich unbedenklich, so ist ihr Bestand damit nicht für die ganze Zeit ihrer beabsichtigten Wirksamkeit garantiert. Sonst wird Vernunft Unsinn, Wohltat Plage. Sondern es ist jeweils, wenn der Vertrag Anwendung finden soll, zu prüfen, ob die wesentlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit, weil sittlichen Unbedenklichkeit, nicht etwa „non iam sic stant". Diese Grundsätze nun finden ihr hauptsächliches Anwendungsgebiet in dem behandelten.

Verträge über persönliches Eherecht bewegen sich auf dem Gebiet der delikatesten persönlich-sittlichen Beziehungen. In jedem Einzelfall wird die Frage der Sittenwidrigkeit nur unter Berücksichtigung aller äußeren und inneren Beziehungen der Ehegatten, die als zum objektiven Tatbestand gehörig zur Beurteilung des Vertrages herangezogen werden können und müssen, zu prüfen sein. Diese Verhältnisse verschieben sich aber leicht, und vielfach wird die Abmachung, die zur Zeit des Vertragsschlusses den Verhältnissen nach unbedenklich erschien, nach einigen Jahren den guten Sitten zuwiderlaufen. In diesem Sinne wohnt, so kann man sagen, die bezeichnete Klausel tatsächlich der Mehrzahl der gedachten Verträge inne. Daß sie nicht allen beizulegen ist, wird aus der Einzeldarstellung hervorgehen.

---

[15]) Staudinger I, 533, 4 ff.

Gelegentlich kann die Vertragsauslegung bei Anwendung des § 139 BGB. dahin führen, einem derartigen Vertrage auf Grund seiner voraussichtlich nur zeitigen Wirksamkeit die Wirksamkeit überhaupt zu versagen. Regelmäßig wird es dem Interesse und dem Willen der Vertragschließenden entsprechen, daß der Vertrag jedenfalls bis auf weiteres, für die Zeit gelte, für die er berechnet und geeignet ist.

Immerhin bleiben hiernach Vereinbarungen der Ehegatten auf dem Gebiet des persönlichen Eherechts grundsätzlich zulässig.

Sie bedürfen keiner besonderen Form. Gelegentlich ist versucht worden, einer analogen Ausdehnung der güterrechtlichen Ehevertragsform wenigstens auf das Gebiet der nicht rein personenrechtlichen Materien, die in den §§ 1356 ff. behandelt sind, das Wort zu reden.[16]) Jedoch zu Unrecht. Nach dem Gesetz werden durch Ehevertrag die güterrechtlichen Verhältnisse und nur diese geregelt. Sie sind keineswegs identisch mit den vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe. Aber auch für eine analoge Anwendung ist angesichts der oben erwähnten besonderen Gründe für die Festsetzung der Ehevertragsform und bei der scharfen Gegenüberstellung der allgemeinen Wirkungen der Ehe, so rein personenrechtlichen wie mehr vermögensrechtlichen, und des Ehegüterrechts kein Raum.

§ 7.

§ 1353 BGB.

§ 1353 I BGB. enthält gewissermaßen die generalis clausula des persönlichen Eherechts. Die folgenden Bestimmungen, §§ 1354—1362, enthalten verschiedenartige Rechte und Pflichten der Ehegatten. Diese alle gelten im Rahmen der im § 1353 behandelten ehelichen Lebensgemeinschaft.[17])

---

[16]) Ehrlich 191 mit einer kaum stichhaltigen Berufung auf die Motive, dagegen Baligand 4/5 mit eingehender, überzeugender Begründung, Bollenbeck ZDNotV 1911, 703, Endemann II, 2, 290, Bayr. Obst. LG Recht 03 456.

[17]) Ueber Umfang und Grenzen der Wirksamkeit des Paragraphen vgl. Wetzel 74 ff., der aber die Bedeutung der Vorschrift unberechtigt einschränkt.

Der Gesetzgeber weiß aber, daß in den Nöten und Armseligkeiten des Lebens das Verlangen der Erfüllung auch an sich dringend gebotener Pflichten zur Unbill werden kann. Deshalb hat er neben die Regel die Ausnahme des Absatzes II gesetzt. Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft fällt fort, wenn sich das hierauf gerichtete Verlangen als Mißbrauch darstellt.[18])

Daß eine allgemeine Vereinbarung, nach der ein Ehegatte oder beide die Rechte aus § 1353 I nicht ausüben dürfen, unzulässig sei, ist eine in Literatur und Rechtsprechung gleichermaßen unbestrittene Ansicht.[19])

Das gleiche gilt für den allgemeinen Ausschluß der Ausnahme des Absatzes II.

Dagegen gehen die Meinungen darüber auseinander, ob auch Einschränkungen der Wirkung des Paragraphen in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht als unzulässig zu erachten seien oder nicht. Deutlich läßt sich eine strengere und eine mildere Richtung unterscheiden.[20])

Die Autoren der strengeren Richtung rechtfertigen ihre Auffassung ausschließlich durch allgemeine Hinweise auf den § 138, auf das sittliche Wesen der Ehe, — soweit sie nicht überhaupt Verträge auf dem behandelten Gebiet für unwirksam halten.

Von den Autoren der freieren Richtung finden insbesondere Staudinger und Opet — auch immer der Richtschnur des Sittengebotes folgend, — die Grenze des Zulässigen darin, daß sie Verträge grundsätzlich für unwirksam erklären, die eine dauernde, nicht nur eine zeitweilige, Aufhebung des Gemeinschaftslebens oder ein dauerndes Getrenntleben statuieren. Das gleiche nimmt

---

[18]) ebenso nach Satz 2, wenn der Ehegatte, dem das Verlangen gestellt ist, berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen.

[19]) Dernburg IV 111, Fischer-Henle 800, Hoerle 168, Lehmann 430, Opet 94, KommRGR. 39, Scriba 50, Siméon 804, Wolff 103, RG. 61, 50 ff., in JW. 00, 778; 01, 781; 05, 635, im Recht 01, Nr. 37; 07 Nr. 2565, Bayr. Obst. LG. 9, 440, ferner altrechtlich: OAPG. Darmstadt, Seuffert 18, 126, APG. Celle, Seuffert 24, 245.

[20]) der strengeren Richtung folgen RGK, Dernburg, Siméon, RG. Band 61, in JW. 05, der milderen Hoerle, Matthiass (unter mißverständlicher Verwendung des Ausdrucks „Wesen der Ehe"), Staudinger IV 148 (im einzelnen ziemlich streng), RG. in JW 01.

auch das OLG. Frankfurt an.[21]) Jedoch soll nach ihm auch bei an sich wirksamen Verträgen derjenige Teil, der auf sein Recht, Wiederherstellung der Gemeinschaft zu verlangen, verzichtet hat, jederzeit zum einseitigen Rücktritt berechtigt sein.[22])

Vereinbarungen, durch die der Geschlechtsverkehr der Ehegatten ausgeschlossen oder beschränkt werden soll, werden mehrfach allgemein als sittenwidrig bezeichnet.[24])

Als zulässig wird dagegen von einer Seite angesehen,[25]) daß sich etwa eine Frau wegen ihrer berechtigten Interessen als Handelsfrau oder Künstlerin einen bestimmten Wohnsitz vorbehält und dgl. Für zulässig erklärt insbesondere auch das RG.[26]), daß sich eine Ehefrau unter gewissen Umständen das Recht wahrt, sich zu Zeiten in einer von ihr persönlich gemieteten Wohnung ungestört vom Manne aufzuhalten. Das RG. gibt sich freilich den Anschein, als gewähre es die Möglichkeit einer vertraglichen Einschränkung des Rechtes aus § 1353 nicht. Aber bei sinngemäßer Auslegung der Entscheidung kann der Mann nicht jederzeit, auch nicht stets, wenn objektiv in einem solchen Verlangen kein Mißbrauch enthalten wäre, von der Frau verlangen, daß sie sich mit ihm in seiner Wohnung, der Ehewohnung, aufhält und damit die eheliche Gemeinschaft innehält. Daran soll ihn ja der Vertrag gerade hindern. —

Vor der Entscheidung über die Zulässigkeit der gedachten Verträge sei ihre Wirkung klargestellt. Die Bestimmungen des § 1353 wie der folgenden §§ 1354/6, 1358 sind nicht durch gesetzlichen Zwang durchzusetzen. Jedoch knüpft das Gesetz an ihre Verletzung gewisse Folgen, die durch Verträge der gedachten Art gehindert würden. So könnte insbesondere eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die bei Verletzung einer

---

[21]) Rsp. 7. 458 ff.

[22]) Der Sinn eines Bandes, das nur den Willigen bindet, erscheint nicht recht einleuchtend. Die zur Begründung vorgebrachten Betrachtungen zu § 138 erscheinen nicht stichhaltig, wie oben schon dargelegt.

[24]) Staudinger IV, 148, Hoerle, Hess. Rspr. 00, 81.

[25]) Hoerle.

[26]) JW. 01, 781.

der bezeichneten Vorschriften durch einen Ehegatten dem anderen zusteht, dann nicht durchgreifen, wenn die verletzte Vorschrift vertraglich wegbedungen ist. Ebenso würde ein Ausschlußvertrag eine Scheidungsklage aus § 1567 unmöglich machen, weil im Falle vertraglicher Erlaubnis keine böswillige Verlassung vorliegen kann.[27]) Ferner wird einer solchen Vereinbarung unter Umständen ausschlaggebende Bedeutung für das Durchgreifen oder Versagen einer Scheidungsklage aus § 1568 zukommen. Der Vertrag würde weiter die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung auf dem behandelten Gebiete zu ermöglichen oder zu verhindern imstande sein.[28]) Schließlich könnten sich strafrechtliche Folgen ergeben, insbesondere das Vorliegen eines Hausfriedensbruchs infolge der vertraglichen Aenderung des gesetzlichen Eherechts entgegen der bei dessen Geltung herrschenden Rechtslage zu bejahen oder zu verneinen sein.

Das Recht aus den gedachten Verträgen wird durch Feststellungsklage gerichtlich klargestellt werden können.[29]) —

Dem ersten Blick erscheinen in der Tat Verträge, die die Geltendmachung des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft völlig ausschließen wollten, als nach heutiger Volksanschauung sittenwidrig. Eine eingehendere Betrachtung wird jedoch dahin führen, diese Auffassung in etwas zu verändern.

Man wird nicht sagen können, daß etwa der durch eine solche Vereinbarung herbeigeführte Zustand, das Fehlen eines, wenn auch beschränkten, Rechtszwanges zur Einhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, als sittenwidrig erschiene. Ein solcher Zustand — bei Anerkennung und Wahrung des zugrunde liegenden inhaltsgleichen sittlichen Bandes — wäre durchaus unbedenklich. Hat man doch seinerzeit de lege ferenda mehrfach die Anschauung vertreten und geprüft,[30]) ob

[27]) gemäß § 1567 III meist schon deshalb nicht, weil nach dem obigen die erforderliche Voraussetzung der Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht vorhanden sein wird; aber auch andernfalls.

[28]) Staudinger IV 147, ein Beispiel weiter unten.

[29]) Vgl. Staudinger IV 152.

[30]) vgl. Zusammenstellung der Gutachten zum BGB. 62 ff.

man nicht gerade aus Gründen der Sittlichkeit, um auf dem heiklen Gebiet der hier fraglichen sittlichen Pflichten nicht durch des Gesetzes vergröbernde Verallgemeinerung schädlich zu wirken, von jeder rechtlichen Regelung der ehelichen Lebensgemeinschaft absehen solle. —

Auch das erscheint unerheblich, daß eine nun einmal gegebene Rechtsnorm auf sittlich wichtigstem Gebiet ausgeschlossen wird. Von der Sorge um den Schutz der Normen als solcher, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, ist die vox populi, die bekundet, was den guten Sitten widerspricht, nicht beeinflußt.

Beachtlich hingegen erscheint die Erwägung, daß ein derartiger Vertrag, nach seinem objektiven Inhalt den Anschein erweckt, als solle nicht nur das rechtliche, sondern auch das die Ehegatten bindende sittliche Band gelöst werden.

Aber auch diese Erwägung greift nicht durch. Wann werden Verträge der gedachten Art in praxi ziemlich ausschließlich geschlossen werden? Doch wohl — wie die in der Rechtsprechung behandelten Fälle dartun — dann, wenn gerade die sittlichen Bande bereits erheblich gelockert sind. Es wird dann durch den Vertrag die Schaffung eines erträglichen rechtlichen u n d sittlichen Zustandes angestrebt, der freilich mit der idealen, ja auch mit der normalen Ehegemeinschaft wenig gemein haben wird. Solche Versuche sind nicht sittenwidrig, ja das Ergebnis wird gelegentlich auch in sittlicher Beziehung das nach Lage der Sache erreichbare Beste sein.

Ob nun in einem solchen Vertrag von dauernder oder zeitweiliger Aufhebung der Lebensgemeinschaft gesprochen wird, kann eine Frage der Geschicklichkeit der Vertragschließenden und ihrer Rechtsberater, nicht ihrer sittlichen Gesinnung, sein.

Auf der anderen Seite wird man sagen können, daß niemals das Verhältnis zweier Menschen zu einander so hoffnungslos erscheinen kann, daß nicht mit einer Wendung zum besseren gerechnet werden müßte.

Deshalb wird allen derartigen Verträgen die clausula rebus sic stantibus in oben dargelegtem Sinne innewohnen. Verträgen auf dauernde Aufhebung des Ge-

meinschaftsverhältnisses zweier Ehegatten wird also grundsätzlich keine Wirksamkeit für immer zukommen. Sie werden aber auch nicht grundsätzlich unwirksam sein. Sondern es wird geprüft werden müssen,[31]) ob nach dem Willen der Vertragschließenden der betreffende Vertrag unter Beschränkung auf die Zeit, in der res sic stabunt, Geltung haben solle.

Gegen das Ergebnis dieser Betrachtung wird nicht einzuwenden sein, daß eine genügende Hilfe für Fälle sittlicher Not schon die Mißbrauchsklausel des Absatzes II böte. Denn einmal sind Fälle theoretisch und praktisch denkbar, in denen die Geltendmachung des Rechts aus § 1353 I noch keinen Mißbrauch darstellen würde, trotzdem aber ein Ausschluß des Rechts sittlich unbedenklich sein wird. Sodann erleichtert der Vertragsschluß im Streitfalle die Beweisführung auf das erheblichste, zumal im Falle eines Verfahrens auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung.[32]) Schließlich kann der Umstand, daß das Gesetz für Notfälle Hilfe gewährt, die Anwendung anderer Hilfsmittel nicht sittenwidrig machen. —

In erhöhtem Maße werden Einschränkungen der Pflicht des § 1353 unbedenklich zulässig sein. So mit der clausula rebus sic stantibus die Verpflichtung zu zeitlich nicht begrenztem Getrenntleben, die Verpflichtungen zu zeitweiliger Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, zeitlicher Trennung. Namentlich die letzterwähnte Vereinbarung, die auch mehrfach in der Rechtsprechung eine Rolle spielt,[33]) wird nicht selten als das beste Mittel zu gutem Zweck empfunden werden. Wird sie für wirksam erachtet, so muß eine etwaige Klage auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft abgewiesen werden. Darüber hinaus aber muß sie fast stets die Bedeutung haben, eine Scheidung aus § 1567 BGB. unmöglich zu machen, denn ein vertraglich gestattetes „Verlassen" wird, selbst wenn der Vertrag als nich-

[31]) gemäß § 139 BGB.

[32]) solche sind mehrfach Ehegatten gewährt worden, vgl. z. B. KG. in RSPRdOLG. 4, 338/9.

[33]) so in den bereits gestreiften Fällen RG. in JW. 01, 781 und RSPRdOLG. 7, 459.

tig angesehen werden sollte, kaum je als in böslicher Absicht geschehen zu betrachten sein.[34]) Darüber, daß schon der Gesetzgeber mit der Tatsache gerechnet hat, daß eine zeitige Trennung der Ehegatten häufig vorkommt und nicht selten als Mittel dient, um eine Ehescheidung zu vermeiden, vgl. RSPRdOLG. 2, 330.

Auch eine grundsätzliche Unzulässigkeit eines vertragsmäßigen, dauernden oder zeitweiligen, Ausschlusses des Geschlechtsverkehrs (der alten landrechtlichen Ehe zur gegenseitigen Unterstützung) wird nicht anzunehmen sein. Man denke doch nur an die zahlreichen Fälle langandauernder, zuweilen sogar unheilbarer, Geschlechtskrankheit eines Ehegatten. Die Rechtsprechung nimmt ohne Vorliegen einer Vereinbarung bereits in weitgehender Weise auf diesen Umstand Rücksicht;[35]) es ist nicht einzusehen, warum den Ehegatten untersagt sein soll, sich auch durch Uebereinkunft gegen die hier drohenden Gefahren zu schützen.[36]) Von diesem Gesichtspunkt aus käme man auch zur Zulässigkeit der Aufgabe des ebenfalls im § 1353 enthaltenen Rechts[37]) auf Wahrung der ehelichen Treue. Eine solche Vereinbarung hätte eventuell auch Bedeutung als allgemeine vorgängige Verzeihung etwaiger Ehebrüche.[38])

---

[34]) diese Auffassung widerspricht freilich der, insofern zu engen, herrschenden Lehre, nach der die Böslichkeit — außer durch Krankheit, Furcht vor Strafverfolgung und dergl. — nur durch nach Erlaß des Herstellungsurteils eingetretene Umstände oder den guten Glauben, daß solche Umstände nachträglich eingetreten seien, ausgeschlossen werden. Die herrschende Meinung (vgl. Staudinger IV 666) verkennt ganz, daß bösliche Absicht ein völlig subjektives Moment ist. Es sollte doch nicht übersehen werden, daß es nun einmal Leute gibt, die auch ein ihnen ungünstiges Urteil nicht von der Unrichtigkeit ihrer Auffassung überzeugt. Man vergleiche aber nur, wie RG. JW. 1912, 76, der Beklagten den guten Glauben weginterpretiert.

[35]) vgl. RSPRdOLG. 1, 442/3 und besonders 3, 245.

[36]) Auch in dem Kommentar, der hier die Gegenmeinung vertritt, Staudinger, wird I 535, allerdings von einem anderen Autor, ähnlich gegen die Sittenwidrigkeit des Versprechens der Ehelosigkeit argumentiert.

[37]) RG. 71, 86.

[38]) über diese Staudinger IV 685, wo sie für unzulässig erklärt wird („Wesen der Ehe", § 138).

Mit besonderer Vorsicht dürften Verträge zu behandeln sein, durch die nur ein Ehegatte sich eines der ihm aus § 1353 zustehenden Rechte begibt. Grundsätzlich unzulässig sind sie auch nicht; so könnte ein solcher Vertrag auf dem zuletzt behandelten Gebiet unter Umständen Sinn und Berechtigung haben.

Den guten Sitten zuwider laufen Verträge, in denen die Aufgabe von Rechten aus § 1353 an Vermögensvorteile geknüpft wird. Das ist aber noch nicht ohne weiteres der Fall, wenn nur neben einer Regelung der persönlichen Verhältnisse eine solche der Vermögensverhältnisse vorgenommen wird. Hierüber vgl. mehr unten zu § 1360.

Grundsätzlich den guten Sitten zuwider laufen Vereinbarungen, die etwa den § 1353 II ausschließen wollten. Diese Bestimmung, die nur in ausgesprochenen Notfällen eingreift, ist zum Schutze der Freiheit der Persönlichkeit beider Ehegatten unentbehrlich.

§ 8.
§ 1354 BGB.

§ 1354 I Halbsatz 1 spricht dem Ehemann das Recht der Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu. Halbsatz 2 betont besonders, daß der Ehemann Wohnort und Wohnung zu bestimmen habe. Absatz 2 enthält wiederum eine Notvorschrift: Die Frau wird von der Verpflichtung, mißbräuchlichen Anordnungen des Mannes Folge zu leisten, befreit.

Literatur und Rechtsprechung in ihrer Mehrheit erklären allgemein dem § 1354 zuwiderlaufende Verträge für nichtig.[39]) Eine Minderheit hält nur Vereinbarungen, die das Bestimmungsrecht des Mannes im vollen Um-

---

[39]) Motive IV 106, v. Baligand 24, Lehmann 434, Fischer-Henle zu § 1354, Meyer 11, 12, Müller 28, RGK. 40, Schmidt 144, Wolff 103, Leske 680, Dernburg IV 113, RG. 61, 53; in JW. 00, 778 (= Gruchot 45, 480); 08, 406; in Recht 01, Nr. 18; 05, Nr. 2680; bei Seuffert 44, 89; Bayr. ObstLG. 9, 440; RSPRdOLG. 1, 134; 21, 235; OLG. Jena bei Seuffert 46, 98; OBAPG. Oldenburg bei Seuffert 13, 328 (altes Recht).

fange ausschließen, für unwirksam.[40]) Einige wenige lassen auch solche Abmachungen unter Umständen zu.[41]) Zwei Schriftsteller modifizieren ihre grundsätzliche Stellungnahme in eigentümlicher Weise.[42])

Manche Autoren befassen sich nur mit der Vorschrift des Halbsatzes 2 des Absatzes I. Doch lassen ihre Ausführungen auf ihre grundsätzliche Stellungnahme zu der ganzen Vorschrift schließen.

Die herrschende Meinung folgt im allgemeinen, teilweise sogar wörtlich,[43]) den Auslassungen der Motive IV, 105/6: „daß das Recht des Ehemanns, den Wohnort zu bestimmen, auf dem Wesen der Ehe und der natürlichen Stellung des Ehemanns in der Ehe beruht und deshalb ein absolutes (also nach heutiger Terminologie: zwingendes) Recht ist, daß aber dieser Satz im Hinblick auf den § 106 eines besonderen Ausdruckes im Gesetz nicht bedürfe".

Sonst sind von den Ausführungen der Vertreter der strengeren Richtung nur noch die v. Baligands besonders bemerkenswert. Er unterscheidet grundsätzlich und zustimmenswert drei Unterarten des Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 und belegt sie durch Beispiele. Zwischen die Darlegung der Arten und die Beispiele aber setzt er den Satz: „Besonders ist zu betonen, daß nach deutscher Auffassung auch heute noch[44]) der Mann das Haupt der Ehe ist und sich des Rechtes der Entscheidung nicht entschlagen kann". Der Satz ist in den logischen Zusammenhang hineingetrieben, als fühlte von Baligand selbst, daß er zu keiner der von ihm aufgestellten Gruppen paßt.

Dernburg und Scriba wollen Verträge, auch soweit ihnen die Wirksamkeit abzusprechen ist (bei Dernburgs Stellungnahme gilt das für alle hier in

---

[40]) Endemann II 2, 298/9, Hoerle 168/9, Sriba 67/8, Staudinger IV 152, RG. in JW. 01, 781.

[41]) Jacobi 66, Matthiass 574.

[42]) Dernburg, Scriba.

[43]) Im Anschluß an die Motive verwenden z. B. Opet und Dernburg hier inkonsequent den Ausdruck „Wesen der Ehe".

[44]) Der Hinweis auf die Bedeutung von Zeit und Staat für die Frage der Sittenwidrigkeit, der meist fehlt, ist erfreulich.

Frage stehenden), immerhin für die Frage, ob der Ehemann bei Ausübung seines Rechtes mißbräuchlich verfahre, verwerten.[45])

Endemann weist auf die unbestreitbare Tatsache hin, daß das Leben dem Rechtszustand des § 1354 vielfach so gar nicht entspricht. Verträge, die die tatsächlichen Verhältnisse rechtlich festlegen, hält er für wirksam, solange die Ehegatten an ihnen festhalten und das Vereinbarte durch die wahren Interessen und sittlichen Zwecke der Ehegemeinschaft gerechtfertigt wird. Nichtig schlechthin sei jeder allgemeine Ausschluß des Paragraphen und jeder grundsätzliche Ausschluß der Entscheidung des Mannes in bestimmten einzelnen Angelegenheiten. Denn § 1354 enthalte auch eine Pflicht des Mannes, die dieser nicht aufgeben könne. —

Hier wird der Grundsatz vertreten, daß der Vorschrift des § 1354 zuwiderlaufende Vereinbarungen, allgemeiner wie spezieller Natur, grundsätzlich unbedenklich zuzulassen sind.

Den Ausführungen der Motive kommt für die erörterte Frage eine über den allgemeinen Wert eines juristischen Werkes hinausgehende Bedeutung nicht zu. Soweit sie vom Schutze der öffentlichen Ordnung sprechen, sind sie infolge der Streichung des bezüglichen Passus im § 106 des Entwurfs zum BGB. veraltet. Soweit sie die Sittenwidrigkeit der fraglichen Verträge behaupten, muß ihre Eigenschaft als Sprachrohr des Gesetzgebers, wie dessen Meinung als solche überhaupt, bedeutungslos bleiben. Denn über die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten bestimmt die Auffassung des Volkes, nicht die seine. Der gelegentliche Hinweis auf die „natürliche Stellung des Mannes in der Ehe" ist wohl nur eine Entgleisung. Diese „natürliche" Stellung

---

[45]) Ein Gericht hat nach dem Bericht eines politischen Wochenblattes aus dem Mai 1912 die Klage eines Ehemanns auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft abgewiesen, weil im Ehevertrag gestanden hatte: „die Braut heiratet den Bräutigam zu sich auf ihren Vollhof", der Ehemann aber von diesem weggeblieben war und nun verlangte, die Frau solle nachkommen. Ob der Vertrag hier nur als Tatbestandselement gewertet oder ihm ausschließende Kraft zugeschrieben ist, macht der Bericht nicht deutlich.

— selbst zugegeben — kann höchstens als rechtspolitisches Argument verwertet werden.[46])

Eine Verpflichtung des Mannes, die der Aufgabe seines Rechts hindernd im Wege stände, kann nicht anerkannt werden. Welcher Art soll diese Pflicht sein? Ein „mundium" des Mannes, eine Amtspflicht, ist in das Gesetz absichtlich nicht aufgenommen, wie die Materialien ergeben.

Bleibt die Frage, ob die etwaigen Vereinbarungen den guten Sitten widersprechen.

Im Gegensatz zu dem, was zu § 1353 ausgeführt wurde, kann zum § 1354 behauptet werden, daß sogar ein der behandelten Vorschrift zuwiderlaufender sittlicher, nicht nur rechtlicher, Zustand heutzutage nicht als den guten Sitten zuwiderlaufend anzusehen ist. Die Darstellung betritt hier politisch heiß umstrittenes Gebiet. Die Folge ist, daß schon die Fragestellung in der Literatur fast durchweg eine irrige ist. Wo nicht gar nach dem sittlich wünschenswerten, dem idealen Zustand gefragt wird, wird zum mindesten die Fragestellung auf das Normalsittliche gerichtet. Es mag sein, daß als sittlicher Normalzustand von der Volksauffassung auch heute noch der dem § 1354 entsprechende angesehen wird. Ob es wirklich der Fall ist, ist hier nicht nachzuprüfen. Aber das würde noch immer nicht besagen, daß ein abweichender Zustand ohne weiteres als sittenwidrig zu betrachten ist. Unbestreitbar bietet das Leben Millionen Beispiele für einen wesentlich dem Ideal kameradschaftlicher Gleichberechtigung entsprechenden Zustand (und zwar nicht nur oder im besonderen Maße in den sozial gehobenen Kreisen), — ja sogar für ein der Regelung des Paragraphen entgegengesetztes Verhältnis. Diese ungezählten Ehen sieht die Umwelt (regelmäßig) in dem — wenn auch nur im Unterbewußtsein vorhandenen — Gefühl der Achtung vor dem höchstpersönlichen Gebiet der privaten Lebensführung

---

[46]) trotzdem macht sie sich Leske in der bizarren Form zu eigen, daß das BGB. infolge der natürlichen Stellung usw. im Gegensatz zum ALR. (und anderen Landesgesetzen, vgl. Rocholl 103) Wohnsitzverträge nicht zulasse. Danach bringt das ALR. ganz unnatürliche Anschauungen zu rechtlicher Geltung.

ohne sittliche Mißbilligung an. Damit entscheidet sie stillschweigend die zur Erörterung stehende Frage.

Eines sei eingeräumt. Wer — gegen die herrschende und u. E. richtige Meinung — bei der Entscheidung der Frage, ob die guten Sitten verletzt sind, sozial insbesondere auch lokal[47]) verschiedene Maßstäbe anlegt, wird vielleicht berechtigte Einwendungen gegen die vertretene Auffassung erheben können. In manchen, besonders ländlichen, Kreisen[48]) mag allerdings auch heute noch die Ehe bemakelt sein, die nicht durch die Machtsprüche des Familienoberhauptes geregelt ist. Aber die „durchschnittliche" Volksanschauung ist nicht die zuletzt erwähnte. Der aufgestellte Grundsatz bleibt unberührt.

Sind Verträge, die das Entscheidungsrecht des Mannes allgemein ausschließen, zulässig, so sind es solche nicht minder, die dieses Recht nur einschränken. Insbesondere also auch Wohnsitzverträge. —

Hiermit ist freilich nur die grundsätzliche Wirksamkeit der bezüglichen Vereinbarungen behauptet und begründet. In den Einzelfällen wird die Entscheidung verschieden ausfallen.

Zulässig werden einmal Verträge sein, die etwa einem von dem des § 1354 abweichenden Eheideal dienen wollen. Das wird am ehesten bei vor Eingehung der Ehe geschlossenen Verträgen der Fall sein.[49]) Zulässig werden ferner sein Vereinbarungen, die aus den Nöten des Lebens einen sittlich-praktischen Ausweg suchen.[50])

---

[47]) lokal innerhalb des deutschen Rechtsgebiets. Vgl. hierüber Oertmann zu § 138 mit Literatur.

[48]) durchaus nicht allen diesen.

[49]) solche wollte Berolzheimer in seinem Gutachten zum Entwurf des BGB. privilegieren.

[50]) Hierhin gehört anscheinend der Fall RSPROLG. 21, 235, wohl auch 1, 134. Hierhin gehört nicht der Vertrag, durch den die der Ehefrau gehörige Einrichtung der Ehewohnung zu Vorbehaltsgut erklärt und der Ehefrau das Recht „eingeräumt" wird, diese Einrichtung auch gegen den Willen des Mannes aus der Ehewohnung fort oder in sie nicht einzubringen. Denn richtiger Ansicht nach hat sie das Recht auch ohnedies. So Wieruszowski II 324/7, abw. RG. Gruchot 24, 488, v. Baligand 26. Hierhin gehören ebensowenig Regelungen des in RG. 55, 420 behandelten Gebiets, da dort § 1354 II richtig nicht direkt, sondern analog anzuwenden sein dürfte.

Dazu werden nicht selten Wohnsitzverträge gehören. Auch über objektiv nicht sehr wesentlich erscheinende Umstände können solche Verträge disponieren; denn die Bedeutung, die das einzelne Ehepaar diesen Dingen — wie es meist durch Vertragschluß beweisen wird — beilegt, kann von dem Ergebnis einer objektiven, durchschnittlichen, Wertung außerordentlich abweichen, und auf ihre subjektive Wertung kommt es hier an.[51])

Bei der zweiten Gruppe wird der Vertrag vielfach nur rebus sic stantibus wirksam sein. Nicht so bei der ersten Gruppe; denn dort handelt es sich um eine an sich nicht sittenwidrige Regelung, die ohne Vorliegen besonderer sie begründender und ihr Wirksamkeit verleihender Umstände getroffen wird. Es kann daher auch nicht eine Veränderung in den Umständen, die zum Vertragsschluß geführt haben, nachträgliche Unwirksamkeit des Vertrages herbeiführen.

Den guten Sitten zuwiderlaufen wird dagegen wiederum ein Vertrag, durch den dem Ehemann als Entgelt für die Aufgabe des Rechts aus § 1354 wirtschaftliche Vorteile gewährt würden.

Etwa unwirksame Verträge können sicherlich unter Umständen als Tatbestandselemente für die Frage einer mißbräuchlichen Ausübung des Mannesrechts verwertet werden. Freilich verpflichtet ist der Richter hierzu nicht. Denn sonst würde er statt des objektiven Maßstabes des Gesetzes doch wieder den subjektiven der Parteien anlegen. Der Erfolg wäre der gleiche, wie wenn der Vertrag wirksam wäre.

Ist es auch zulässig, in Abänderung des Gesetzes an die Stelle des Entscheidungsrechtes ein solches der Ehefrau zu setzen? Einen Vertrag dieses Inhalts wird kaum ein Ehepaar schließen. Eventuell aber würde der Vertrag, weil die Freiheit der Persönlichkeit des Mannes in erheblichster Weise beschränkend, den guten Sitten zuwiderlaufen und nichtig sein. Gewiß kennt das Leben auch entsprechende Verhältnisse, — vielfach — ohne sie zu mißbilligen. Aber die allgemeine Festlegung dieses sittlichen Zustandes als eines dauernden

---

[51]) bedenklich, weil generalisierend, daher RG. 23, 176, Seuffert 44, 189.

durch rechtliche Regelung dürfte eine unzulässige Beschränkung des Mannes enthalten. Das gleiche würde vielleicht — heute oder in der Zukunft — auch zu behaupten sein, wenn das Gesetz den § 1354 nicht enthielte und Ehegatten seinen Inhalt durch Vertrag einführen wollten. Aber diese Ueberlegung spricht nicht gegen den vertretenen Standpunkt. Denn die positive Regelung des Gesetzes entzieht sich als solche von vornherein der Beurteilung nach der Richtung hin, ob der gesetzmäßige Zustand nicht den guten Sitten widerspricht. Das Gesetz gilt „jenseits von Gut und Böse". Aus seiner Regelung ist daher nicht auf die Zulässigkeit eines entsprechenden Zustandes zu schließen, der den guten Sitten zuwiderläuft.

In Einzelfragen, z. B. bezüglich der Bestimmung des Wohnsitzes, kann freilich unbedenklich auch der Ehefrau das Bestimmungsrecht eingeräumt werden. Die Grenze ist allgemein nicht zu ziehen. —

Ein Ausschluß des § 1354 II wäre aus gleichem Grunde unzulässig, wie es der des § 1353 II ist. —

§ 9.

§ 1355 BGB.

§ 1355 BGB. bestimmt, daß die Ehefrau den Familiennamen des Mannes erhält. Die Ehefrau hat das Recht, diesen Namen zu führen,[52]) der Ehemann das Recht, von der Frau zu verlangen, daß sie ihn führt.

Das Recht des § 1355 erfordert nicht etwa als in das BGB. verirrtes Stück öffentlichen Rechtes besondere Behandlung. Denn § 1355, wie der verwandte § 12 BGB., sind in erster Linie privatrechtlicher Natur.[53]) Das öffentliche Namensrecht geht nebenher. Es kann hier nicht in die Erörterung einbezogen werden. Es muß aber betont werden, daß im folgenden etwa als bürgerlichrechtlich wirksam bezeichnete Vereinbarun-

---

[52]) hieraus erwächst ihr auch das Recht aus § 12. Vgl. das Beispiel RSPRdOLG. 3, 283.

[53]) so Staudinger DJZ. 98, 326/63, Planck IV 98, Oertmann I 45, RSPROLG 3, 85; 15, 302 u. a. m., abw. anscheinend Opet 98.

gen der Ehegatten denkbarerweise öffentlichrechtlich unzulässig und mit Strafe bedroht sein könnten.[54])

Wiederum hat ein Teil der Literatur gegen von der gesetzlichen Regelung abweichende Verträge nichts einzuwenden.[54a]) In Uebereinstimmung mit ihnen befinden sich verschiedene Auslassungen zu § 12.[55]) Andere Schriftsteller haben auch hier eine strengere Auffassung. Ihre Stellung ergibt sich teils aus konstruktiven,[56]) nach den oben gemachten allgemeinen Ausführungen nicht stichhaltigen, Bedenken; auf § 138 stützt sich besonders Hoerle. —

Verträge, die die Frau schlechthin von der Führung des Mannesnamens, der nach der Volksanschauung als Symbol der ehelichen Zusammengehörigkeit gilt, entbinden, werden vielfach als den guten Sitten zuwider angesehen werden müssen. Ausnahmen sind jedoch — mit Wirkung rebus sic stantibus[57]) — denkbar, insbesondere bei schweren sittlichen Verfehlungen des Ehemanns.

Dagegen ist in den vielen Fällen, in denen die Ehefrau ihren Geburtsnamen dem Ehenamen anfügt oder vorfügt, oder in denen die Ehefrau neben ihrem Ehenamen ihren Geburtsnamen oder einen frei gewählten Namen als nom de guerre führt, das Recht der Frau in

---

[54]) freilich § 360, 8 StGB. wird nicht in Frage kommen, weil der jemandem zukommende Name im Sinne dieses Paragraphen vom bürgerlichen Recht (gesetzlichen und vertraglichen) bestimmt wird. Vgl. Olshausen S. 1441 d. Es kommt aber weiter das Recht der noch heute wirksamen Kabinettsordre vom 15. 4. 1822 in Betracht. Olshausen S. 1439 a. Doch wird kaum anzunehmen sein, daß in den hier zur Behandlung stehenden Fällen eine „Aenderung" des Namens im Sinne jener Kabinettsordre vorliegt. Uebrigens schwebt über diese Frage zurzeit vor dem Bezirksausschuß des BGB. Potsdam ein Rechtsstreit.

[54a]) Planck IV 98 (inkonsequent), Ehrlich 183 (bezüglich der Pflicht der Frau).

[55]) Opet Ziv. Arch. 87, 361/2, RG. 5, 171, RSPROLG. 15, 302.

[56]) Staudinger IV 154, Opet 98 (vgl. oben Anm. 2), Hoerle 169, anscheinend Süssheim, Gruchot 45, 380.

[57]) diese Klausel wird den gedachten Verträgen wiederum deshalb beizulegen sein, weil wohl stets die Möglichkeit gegeben sein wird, daß eine Aenderung der Lebensführung des Mannes oder nur der Einfluß der lindernden Zeit die Frau zur Aufgabe ihres schroffen Standpunktes verpflichten sollte.

aller Regel durch Vereinbarung sicherzustellen.[58]) Regelmäßig werden hierbei den Vertrag begründende Umstände, bei deren Fortfall die Vereinbarung als sittenwidrig erschiene, nicht vorhanden sein. So wird der Ehemann einer Schauspielerin, der seiner Zeit seiner Ehefrau das Recht zur Führung ihres Künstlernamens neben dem Ehenamen durch Vertrag eingeräumt hat, nicht behaupten können, daß die Ausübung dieses Rechts den guten Sitten widerspräche, sobald die Frau nicht mehr auftritt. — Diese Vereinbarungen weichen übrigens deshalb vom Gesetzesrecht des § 1355 ab, weil der Mann von der Frau nach dem Gesetz verlangen kann, daß sie seinen Namen, d. h. diesen allein, führe.[58a])

Auch der Ehemann wird sich wirksam verpflichten können, den Namen seiner Ehefrau dem seinen an- oder vorzufügen.

§ 10.
§ 1356 BGB.

§ 1356 I BGB. stellt Recht und Pflicht der Ehefrau, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten, fest. Das grundsätzliche Entscheidungsrecht des Ehemanns aus § 1354 soll jedoch unberührt bleiben. Der Absatz II verpflichtet die Frau zur Arbeit im Hauswesen und im Geschäft des Mannes, soweit eine solche nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.

Die Literatur zu diesem Paragraphen ist wieder in drei Heerlager gespalten, die der vertragsmäßige Abänderungen grundsätzlich verwerfenden, grundsätzlich gestattenden und der vermittelnden Schriftsteller.[59])

Die der letzten Gruppe angehörigen Autoren verfechten in ihrer Mehrheit die Ansicht, daß — ausschließlich — eine vertragliche Festsetzung der von der Frau

---

[58]) die hier meist mündlich geschlossen werden wird.

[58a]) vgl Staudinger I 47 u a Allerdings kann sich das Verlangen des Mannes u. a als Mißbrauch darstellen

[59]) Der ersten Gruppe gehören an: Dernburg IV 111, Wieruszowski I 2, v. Ziegenhierd 122/3, RG. 61, 50 ff., der zweiten Matthiass 575, Scriba 74, der letzten: Planck IV 95, Staudinger IV 157, Endemann II 2, 290, Opet 100, Hoerle 169

nach § 1356 II zu leistenden Arbeiten zulässig sei.[60]) Opet meint, eine mit der deutschen Eheauffassung unverträgliche Stellung der Ehegatten werde begründet, wenn vollkommener Verzicht des Mannes auf Arbeit, der Ehefrau, der Frau auf Hausleitungsgewalt normiert werde. Ebenso erklärt Hoerle einen Verzicht der Ehefrau auf die Hausleitungsgewalt für den guten Sitten zuwiderlaufend. Eine vertragliche Begrenzung der Pflichten der Ehefrau aus Absatz II hält er dagegen für zulässig und sogar für des öfteren durchaus im Interesse der ehelichen Gemeinschaft liegend. So etwa, wenn die Frau durch ein körperliches oder geistiges Leiden, durch Kindererziehung oder Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (oder freien Berufes) veranlaßt werde, die Pflichten des Absatzes II nicht zu erfüllen.

Diesen Erwägungen ist durchaus zuzustimmen, nur gehen sie nicht weit genug. Es ist gar nicht einzusehen, warum überhaupt Verträge, die nach irgend einer Richtung einem der beiden Absätze des Paragraphen zuwiderlaufen, grundsätzlich den guten Sitten widerstreiten sollen. Das Leben bietet so viele Beispiele von Ehen, bei denen, sei es die Hausleitungsgewalt der Frau — z. B. wenn sie krank ist —, sei es die Arbeit der Ehefrau in Haus oder Beruf der Frau oder (erstere) auch dem Manne, nicht zugemutet werden kann, mit einem gedeihlichen Zusammenleben nicht vereinbar ist. Eine vertragliche Sicherung wird vielfach nur ersprießlich erscheinen. Auch grundsätzlich können Eheleute, von einem Eheideal, das dem des Gesetzes sittlich gleichberechtigt ist, ausgehend, insbesondere die Pflicht der Frau zur Arbeit im Geschäft des Mannes ablehnen.

Ein Hinweis auf die Praxis sei gestattet: Das weitverbreitete und angesehene Formularbuch von Jastrow enthielt in seinen früheren Auflagen im Rahmen eines Gütertrennungsvertrages folgenden Passus: „Die zukünftige Ehefrau soll in der Verwaltung ihrer Arbeitskraft volle Freiheit haben."

---

[60]) so Planck, Staudinger, Endemann a. a. O. Ein solcher Vertrag weicht von der gesetzlichen Regelung ab. Denn das Gesetz legt einen objektiven Maßstab an, der begrifflich von dem subjektiven eines Vertrages verschieden ist, auch praktisch leicht verschieden sein wird.

Diesem Formular entsprechende Verträge wurden häufig geschlossen;[61]) es zeugt für die sittliche Gesinnung der Kontrahenten oder für ihre Ueberzeugung von der Wirksamkeit des Vertrages, daß sich die Obergerichte, soweit ersichtlich, noch nie über die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung sich auszusprechen Veranlassung gehabt haben, — etwa im Rahmen eines Prozesses auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft.

Auch Gründe der sozialen Gerechtigkeit sprechen dafür, daß man den gedachten Vereinbarungen die Wirksamkeit nicht abspricht. Es wäre unbillig, wollte man der Frau des kleinen Krämers die Möglichkeit abschneiden, sich durch Vertrag von einer Verpflichtung zu befreien, die der Frau des Großkaufmanns schon nach dem Gesetz nicht aufliegt. Die Arbeiterfrau wie die Frau der höheren Stände haben die Möglichkeit, sich auf eigene Füße zu stellen, und nur der Frau des Mittelstandes sollte es verwehrt sein?

Freilich werden namentlich den Absatz I berührende Verträge vielfach nur rebus sic stantibus wirksam sein. —

Nach dem Ausgeführten liegt auch keine Schenkung vor, wenn, wie häufig, der Mann die Arbeit der Frau im Geschäft bezahlt.[62]) Daß die subjektive Voraussetzung einer Schenkung fehlt, hat schon das RG.[63]) überzeugend dargetan; objektiv kann sinngemäß nur ein Dienstvertrag unter Aufhebung der Verpflichtung des § 1356 II in Frage kommen.[64]) —

In der Praxis ist der Fall häufig, daß der Mann im Geschäft der Frau angestellt ist, — meist, nachdem der Ehemann den Offenbarungseid geleistet hat. Dieser Fall berührt den § 1356 überhaupt nicht.[65]) Wenn dem Mann kein Geschäft zu eigen ist, kann die Frau schlechterdings in einem solchen keine Arbeit leisten. Auch

---

[61]) einiges hierüber siehe noch unten zu § 1358.
[62]) abweichend Wieruszowski.
[63]) 64, 324, ebenso Prot. IV 125, 141.
[64]) abweichend verwendet das RG. die durchaus nicht in jedem Falle passende Ausrede, daß der Ehemann das Vorliegen einer Verpflichtung der Ehefrau nach § 1356 II in concreto nicht angenommen habe.
[65]) abweichend Matthiass.

§ 1354 greift hier deshalb nicht Platz, weil der Betrieb eines Geschäfts der Frau keine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit ist.

Mit § 1356 II korrespondierende allgemeine Verpflichtungserklärungen des Mannes zu unentgeltlicher Tätigkeit im Geschäft der Frau werden regelmäßig nur rebus sic stantibus wirksam sein, weil stets die Möglichkeit einer Aenderung der Erwerbsverhältnisse der Ehegatten und damit einer Aenderung in der Beurteilung der durch den Vertrag geschaffenen Rechtslage vom Standpunkte der guten Sitten aus besteht.

§ 11.

§ 1357 BGB.

§ 1357 behandelt die sogenannte Schlüsselgewalt der Ehefrau. Absatz I normiert ihr Recht als ein Recht zu Geschäftsführung und Vertretung. Absatz II gibt dem Mann das Recht, das der Frau aus Absatz I zu beschränken oder auszuschließen, und beseitigt die Gefahr mißbräuchlicher Ausübung dieses Schutzrechtes des Mannes. Außerdem wird bestimmt, daß die Beschränkung oder Ausschließung Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 BGB. solle geltend gemacht werden können.

Bei diesem Paragraphen wird ein bei den bisherigen gar nicht in Frage stehendes Moment zu beachten sein. An der Regelung der Schlüsselgewalt, soweit sie ein Recht zur Vertretung ist, haben nicht nur die Ehegatten, sondern auch jeder Dritte, der mit ihnen in Geschäftsverkehr treten möchte, ein lebhaftes Interesse. Es muß daher, soweit die Vertretungsmacht der Ehefrau in Frage kommt, nicht nur gefragt werden, ob die Ehegatten die Bestimmungen des Paragraphen mit Wirkung nur unter sich, sondern auch, ob sie sie mit Wirkung gegenüber Dritten durch Vertrag ausschließen können.

Eine erhebliche Minderheit in der Literatur hält von den Vorschriften des Gesetzes abweichende Vereinbarungen schlechthin für unzulässig.[66]) Die Mehrzahl will

[66]) Planck IV 102, Staudinger IV 165, RGK II, 43, v. Ziegenhierd 122/3, Ostern 9, Stern 25, Richter 49, RG. 61, 53.

solche, u. z. fast durchweg auch mit Wirkung gegen Dritte,[67]) wenigstens gegenüber dem Absatz I zulassen.[68]) Freilich sollen sie nur unter der Voraussetzung der Eintragung ins Güterrechtsregister oder der Kenntnis gegen Dritte geltend gemacht werden können.

Zur Begründung der strengeren Auffassung wird wieder vielfach mit konstruktiven Argumenten gearbeitet.[69]) — Ziegenhierd meint,[70]) „der Gesetzgeber habe nicht die geringste Not, die sittlichen Grundlagen der Ehe, auf denen § 1357 beruhe, zu verlassen und sich in derlei subtile Abmachungen der Ehegatten zu mischen."

Auf der anderen Seite wird erwogen, daß es widersinnig wäre, wenn man die Aufhebung der Schlüsselgewalt der Frau dem Manne allein zugestehen, beiden Ehegatten zusammen aber versagen wollte. Wenn die Frau mit dem Vorgehen des Mannes aus § 1357 II einverstanden sei, so läge schon ein vertragsgleicher Zustand vor.[71])

Einschränkend werden[72]) gegen einen völligen Ausschluß Sittenbedenken erhoben.

Auch wird behauptet,[73]) daß zwar ein Ausschlußvertrag zulässig sei, nicht aber ein einseitiger Verzicht der Ehefrau. Denn diese hätte nicht nur ein Recht auf die Schlüsselgewalt, sondern auch die Pflicht, sie auszuüben, wie aus § 1356 II folge.

Ob auch das Einschränkungsrecht des Mannes aus Absatz II Ausschluß oder Einschränkung erfahren könne, wird nur von wenigen Schriftstellern erörtert.[74]) Mit

---

[67]) abweichend nur Matthiass 575.

[68]) Opet 103, Dernburg IV 119, A. B. Schmidt zu § 1357, Ehrlich 191, Hoerle 169, Scriba 80, Breit DJZ 07, 779, Rothe 11, 31, Rosenfeld 60, 84, Siegel 3/4, Menzel 613, Schmitt 12 (dieser nicht für das BGB). Zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht wird nicht unterschieden.

[69]) so Planck, Cosack, Lehmann, Ostern, Stern, Richter.

[70]) nicht etwa in einer Betrachtung de lege ferenda.

[71]) Siegel.

[72]) von Hoerle und anderen.

[73]) von Rosenfeld.

[74]) von Opet, Dernburg, Scriba, Wieruszowski.

einer Ausnahme [75]) halten diese eine Abänderung für den guten Sitten widerstreitend, weil sie den Mann dem unvernünftigsten Gebaren der Frau preisgeben würde. —

Das Geschäftsbesorgungsrecht der Ehefrau nach § 1357 stellt sich als vermögensrechtliche Folge des Rechts der Frau auf Haushaltungsleitung aus § 1356 dar. [76]) Wie dieses muß auch jenes aus den gleichen Erwägungen heraus und unter den gleichen Modalitäten abweichender Vereinbarung zugängig sein.

Das Geschäftsbesorgungsrecht der Ehefrau kann auch vertraglich näher ausgestaltet werden. So folgt aus dem Paragraphen 1357 ein Anspruch der Frau auf Zahlung eines angemessenen Wirtschaftsgeldes. [77]) Der für diesen Zweck zu leistende Betrag kann vertraglich festgelegt werden. [78])

Auch ein Vertrag, durch den die Ehefrau ihre Vertretungsbefugnis aufgibt, wird jedenfalls mit Wirkung unter den Vertragschließenden unbedenklich zuzulassen sein. Die Ehefrau würde sich in diesem Falle verpflichten, ihr Vertretungsrecht nicht auszuüben. [79]) Daß im Leben nicht allzu selten das Bedürfnis entsteht, einer verschwenderischen oder mit dem Mann in Unfrieden lebenden Ehefrau die Möglichkeit zu nehmen, über Vermögen des Mannes zu verfügen und ihn zu verpflichten, erkennt schon das Gesetz an.

Nun stehen sich zwar Entziehung gemäß dem Gesetz unter Zustimmung der Ehefrau und Vertragsausschluß durchaus nicht gleich. Denn im ersten Fall kann die Frau jederzeit, wenn sich ihr Sinn gewandelt hat, an den Vormundschaftsrichter mit Aufhebungsgesuchen herantreten, im zweiten nicht, oder wenigstens, wenn der Vertrag für wirksam befunden wird, nicht mit Aussicht auf Erfolg.

Es ist aber nicht einzusehen, warum dem Manne nicht durch Vertrag ein weitergehender Schutz soll gewährt werden können. Der „Würde der deutschen

---

[75]) Scriba.
[76]) v. Ziegenhierd 122.
[77]) vgl. Staudinger IV 161.
[78]) und wird in der Praxis öfters vertraglich fixiert.
[79]) ein eigentlicher Ausschluß der Gesetzesbestimmung würde sonach gar nicht vorliegen.

Hausfrau“ [80]) würde ein solcher Vertrag nicht zuwiderlaufen. Gegen von Ziegenhierds oben dargelegte Bedenken ist zu bemerken, daß, wenn das Gesetz nun einmal die subtilen persönlichen Beziehungen der Ehegatten regelt, es auch nicht an sich sittenwidrig sein kann, wenn die Ehegatten ein gleiches tun. Uebrigens ist gerade die Frage der Vertretungsmacht der Ehefrau eine einigermaßen äußerliche, geschäftliche Angelegenheit.

Der Vertrag ist auch nicht etwa deshalb unwirksam, weil die gesetzliche Zuständigkeit eines Gerichts beseitigt wird. Ebenso wie Private durch Vereinbarung eines Schiedsgerichts die Zuständigkeit des Prozeßrichters für Feststellung und Regelung eines Streitverhältnisses beseitigen können, wird auch die des Vormundschaftsrichters dann auszuschließen sein, wenn es sich um geschäftsfähige Vertragschließende handelt, für deren jede ein eigenen Interessen dienendes Recht, kein Amtsrecht, in Frage steht.

Tritt die Ehefrau trotz Abschlusses eines Vertrages an den Vormundschaftsrichter heran, so wird dieser zu prüfen haben, ob der Vertrag nicht den Umständen nach von Anfang an oder, weil res non iam sic stant, nunmehr den guten Sitten zuwiderläuft. In diesem Falle wird er nach § 1357 eine Entscheidung zu treffen, im anderen Falle sich einer solchen zu enthalten haben.

Erscheinen derartige Verträge zulässig, so wird auch ein einseitiger Verzicht der Ehefrau nach Wortlaut und Sinn wirksam sein können. Denn eine Pflicht der Ehefrau enthält § 1357 nach Wortlaut und Sinn nicht.

Die Voraussetzungen des Absatzes II Satz 3, Eintragung in das Güterrechtsregister oder Kenntnis, werden freilich in der Tat auch notwendige Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Vertrages der gedachten Art gegenüber Dritten sein. Zum Schutze der Dritten, die mit der Ehefrau als Vertreterin des Ehemannes in Rechtsverkehr treten wollen, erscheinen diese im Gesetz für den Fall einseitigen Ausschlusses des Vertretungsrechtes aufgestellten Voraussetzungen so erforderlich wie ausreichend. Zweifelhaft könnte nur sein, ob ein solcher Vertrag eintragungsfähig ist. Unstreitig sind im allge-

[80]) Stern.

meinen Verträge auf dem Gebiete des persönlichen Eherechtes nicht eintragungsfähig. Eine sinngemäße Auslegung wird aber argumento a minori ad maius wie die Eintragung des einseitigen Ausschlusses der Schlüsselgewalt auch die des entsprechenden Vertrages zulassen.

Wie der vertragliche Ausschluß der Schlüsselgewalt ist eine vertragliche Einschränkung in sachlicher, zeitlicher oder örtlicher Hinsicht zu behandeln. Eine Ausdehnung würde aus dem Rahmen des Familienrechts herausfallen, das nur das Gebiet der gesetzlichen Vertretungsmacht der Ehefrau behandelt.

Ein Ausschluß des Rechtes des Mannes aus Absatz II wird nur sehr ausnahmsweise zuzulassen sein. Man vergegenwärtige sich, daß das gesetzliche Ehegüterrecht dem Mann — sehr zu Recht — die Möglichkeit versagt, seine Frau zu verpflichten, daß sogar bei der weitgehenden Gebundenheit der Allgemeinen Gütergemeinschaft der Mann nur das Gesamtgut, das ihm wie der Frau gehört, verpflichten kann, während hier die Frau den Mann und nur diesen zu erheblichen Leistungen zu verpflichten in der Lage ist. Eine Sicherheit gegen Mißbrauch eines solchen Rechtes wird von den guten Sitten erfordert, im Interesse der wirtschaftlichen Freiheit der Persönlichkeit.

Immerhin kann unter bestimmten Umständen ein Vertrag der gedachten Art zugelassen werden. So etwa, wenn der Mann der Frau trotz Mangels eines begründeten Mißbrauchsverdachtes mehrfach die Schlüsselgewalt zu entziehen versucht hat, und sein Versprechen, endlich Ruhe zu geben, rechtlich sichergestellt werden soll. Aber dann wird dem Vertrag stets nur rebus sic stantibus Wirksamkeit zukommen. In praxi wäre übrigens ein Schutz für die Ehefrau gegen unberechtigte Entziehungsversuche des Mannes doch nicht geboten, da sich kein Dritter auf einen vom Ehemann angefochtenen Vertrag verlassen wird. Ein derartiger, auch wirksamer, Vertrag wird daher Bedeutung wesentlich für ein etwaiges Ehescheidungsverfahren haben.

Eine Eintragung des gedachten Vertrages, die allein unter Umständen praktische Wirkung haben könnte, weil sie die Eintragung der Entziehung durch den Mann

der vorherigen Prüfung ihrer Zulässigkeit durch das Gericht unterwerfen würde, wird kaum zu erzielen sein. Für eine analoge Anwendung des § 1357 II 3 wird bei der Verschiedenartigkeit der Zwecke der beiden Rechtsgeschäfte kein Raum sein. —

§ 12.

§ 1358 BGB.

§ 1358 I gibt — und versagt unter Umständen wieder — dem Ehemann das Recht, auf Grund der Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts Verträge, durch die sich die Frau zu einer in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet hat, zu kündigen. Die Literatur lehrt fast durchweg,[81]) daß ein Ausschluß dieses Kündigungsrechtes hinsichtlich bestimmter Verträge zulässig, allgemein unzulässig sei. Für die Zulässigkeit im Einzelfall wird mehrfach die Bestimmung des Absatzes II verwertet, daß das Kündigungsrecht des Ehemannes bei dessen Zustimmung zum Vertragsschluß ausgeschlossen ist. Sei dies der Fall, so läge gewissermaßen ein Vertrag vor. Der einzige von der herrschenden Meinung abweichende Schriftsteller[82]) zieht von hier aus den Schluß auf allgemeine Zulässigkeit eines Verzichtes des Ehemannes.

Es sind zweierlei Vereinbarungen denkbar. Einmal kann sich der Ehemann der Frau gegenüber verpflichten, sein Kündigungsrecht bei Vermeidung von Schadensersatzfolgen, eventuell auch Vertragsstrafe, nicht auszuüben. Eine solche Vereinbarung würde der Frau jedoch keinen völligen Schutz gewähren.

Gesichert ist diese, wenn der Ehemann ein für allemal seine Zustimmung zu einschlägigen Verträgen der Frau erklärt.[83]) Da die Zustimmung der Frau gegenüber erklärt wird und unwiderruflich ist, so ist ein solches Verfahren sehr wohl möglich.

---

[81]) Planck IV 105, Staudinger IV 168, Opet 106, Schmidt 144, Matthiass 576, Ehrlich 183, Hoerle 170, Scriba 88, Wieruszowski 131 (dieser etwas milder).

[82]) Müller 3.

[83]) diese Zustimmung beruht auf § 1358 II. Sie enthält daher gar keine Abweichung vom Gesetzesrecht, formal gehört sie also nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

Es wird aber auch nicht gegen die guten Sitten verstoßen, wenn das — schon derzeit de lege ferenda heftig bekämpfte — Kündigungsrecht des Mannes durch allgemeine vertragliche Zustimmungserklärung ganz ausgeschlossen wird. Wie zum § 1356 kann hier auf die Praxis verwiesen werden. Der dort erwähnte Vertrag aus Jastrows Formularbuch bestimmt weiterhin:[83a])

„Die zukünftige Ehefrau soll in der Verwertung ihrer Arbeitskraft von der Zustimmung ihres Mannes unabhängig sein. Der Bräutigam erteilt seiner Braut ein für allemal die Zustimmung zur Eingehung von jeglicher Art von Verträgen, durch die sie sich zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichten möchte."

Derartige Verträge werden häufig geschlossen. Ein Berliner Notar setzt fast in jeden von ihm ausgearbeiteten Ehevertrag die angeführte Bestimmung. Von den dem Amtsgericht Bernau in der Mark in den Jahren 1908 bis 1912 zur Eintragung güterrechtlicher Vereinbarungen eingereichten Verträgen enthielt etwa die Hälfte den bezeichneten Passus. Anderswo wird gleiches zu beobachten sein.

Unwirksam sind dagegen Vereinbarungen der Ehegatten, die Abweichungen irgendwelcher Art von den Vorschriften des Absatzes II des § 1358 enthalten. Der Absatz bestimmt, wann das Kündigungsrecht des Mannes aus Absatz I wegfalle. Diese Bestimmung liegt nicht nur im Interesse der Ehefrau, sondern auch in dem der Dritten, die mit der Ehefrau kontrahieren. Vereinbart freilich die Ehefrau mit einem bestimmten Dritten, der zwischen ihnen geschlossene Vertrag solle durch, dem Absatz II 1, 3 zuwider erfolgende, Kündigung des Mannes aufgelöst werden, so werden hiergegen grundsätzliche Bedenken nicht zu erheben sein.

§ 1358 III bestimmt, daß Zustimmung und Kündigung nicht durch einen Vertreter erfolgen könnten und im Falle der Geschäftsbeschränktheit des Ehemannes dieser nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfe. Die Kündigung kann nicht ohne Zustimmung des jeweiligen Dritten erleichtert werden. Eine

---

[83a]) so auch die neueren Auflagen.

Erleichterung der Zustimmung erscheint unbedenklich. Der Geschäftsbeschränkte würde einen Vertrag, nach dem er nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters kündigen (oder zustimmen) kann, nach allgemeinen Grundsätzen nicht schließen können. Der Abschluß eines solchen Vertrages vor Abschluß der Geschäftsbeschränktheit wird kaum vorkommen; der Vertrag wäre bezüglich der Kündigung allgemein, bezüglich der Zustimmung nur bei Mitwirkung des jeweiligen Dritten wirksam. —

§ 13.
§ 1359 BGB.

§ 1359 regelt die Haftung unter den Eheleuten hinsichtlich der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verbindlichkeiten im Sinne einer Haftung für diligentia quam suis.

Können andere Haftungsmaßstäbe vereinbart werden? Die Literatur, die diese Frage beantwortet, bietet ein mannigfaltiges Bild. Die einen bejahen die Frage allgemein,[84]) die anderen lassen nur eine Verschärfung,[85]) ein Autor nur eine Milderung[86]) der Haftung zu, während wieder andere jede abändernde Vereinbarung für unzulässig erklären.[87])

Im einzelnen sind folgende Auslassungen zur Begründung des Vertretenen bemerkenswert. Nach Hoerle würde eine Milderung der Haftung eine leichtsinnige Wirtschaft begünstigen und deshalb — dem sittlichen Wesen der Ehe widersprechen, während eine überspannte Steigerung der Sorgfalt über die Haftung für culpa lata hinaus den Geschäftsgeist lähmen würde. — Wieruszowski geht von der oben abgelehnten Grundanschauung allgemeiner Unzulässigkeit von Verträgen über persönliches Eherecht aus. Er meint aber, § 1359 normiere nur eine obere Grenze, so daß eine Milderung dem Paragraphen gar nicht zuwiderlaufen würde.

---

[84]) unbeschadet der zwingenden Verbotsnorm des § 276 II BGB., so Planck IV 166, v. Baligand 25, Dernburg IV 116, Opet 107, Ehrlich 200.

[85]) Schmidt 144, Hoerle 169/70.

[86]) Wieruszowski 12.

[87]) Staudinger IV 170, Lehmann 430.

Gerechtfertigte Bedenken vom Standpunkte des Schutzes der guten Sitten aus werden gewiß nicht zu erheben sein, wenn Ehegatten erklären, einander schon für durch leichte Fahrlässigkeit entstandene Schäden einstehen zu wollen oder gar einander für die Schäden, die sie verursachen werden, garantieren. Auf der anderen Seite wird man es aber auch grundsätzlich unbedenklich finden können, wenn Ehegatten auch auf Ersatz für Schädigungen, die sie einander grobfahrlässig zugefügt haben, verzichten wollen. Hoerles Bedenken sind rein wirtschaftspolitischer Natur und daher nach dem oben S. 19/20 Ausgeführten nicht ausschlaggebend. Verdächtig wird ein Vertrag erscheinen, der etwa die Verantwortlichkeit nur eines Ehegatten, insbesondere bei gesetzlichem Güterstand die des Ehemanns, einschränken wollte. Doch wird es auf die Verhältnisse des Einzelfalles ankommen, ob einem solchen Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Wirksamkeit abzusprechen sein wird.

Für die Gütergemeinschaft des BGB weicht § 1456 (mit §§1519, 1549) von der Regelung des § 1359 auf dessen wichtigstem Geltungsgebiet ab und beseitigt dabei sogar die Haftung wegen Vorsatzes. Das ist bemerkenswert, weil es für die Zulassung einer vertraglichen Festsetzung der Haftungseinschränkung entgegen dem § 1359 spricht.[88]) Dagegen läßt sich aus der bezeichneten Norm nicht etwa auf Zulässigkeit einer Haftungseinschränkung über § 276 II hinaus auf dem Gebiet des Eherechts überhaupt[89]) schließen.

§ 14.
§§ 1360/1361 BGB.

Die §§ 1360/1 normieren die Unterhaltspflichten des Mannes gegenüber der Frau, der Frau gegenüber dem Manne. Die wichtigste im Rahmen dieser Arbeit zu den Paragraphen aufzuwerfende Frage ist vom Gesetz an-

---

[88]) so v. Baligand.

[89]) so anscheinend Ehrlich 200. Aber die Vorschrift des § 1456 ist eine nur historisch verständliche Sondernorm ausschließlich für die Gütergemeinschaft. Ohne gesetzlichen Anhalt durch Parteivereinbarung eingeführt, würde sie als sittenwidrig zu erachten sein.

scheinend ausdrücklich entschieden. Nach §§ 1360/1614 BGB. kann auf die Unterhaltsansprüche, soweit sie nicht schon fällig sind, nicht verzichtet werden. Diese Vorschrift, wie überhaupt die allgemeinen Bestimmungen des § 1360 gilt auch für die Fälle des § 1361. Literatur und Judikatur erklären fast einstimmig mit Rücksicht auf diese Verbotsnorm und ihrem Wortlaut folgend, jeden, auch einen beschränkten, Verzicht der Eheleute auf noch nicht fällige Alimente für nichtig.[90]) Im einzelnen wird ausgeführt, daß ein unzulässiger Verzicht auch in einem Abkommen gefunden werden könne, das nur die Art der Gewährung anders und für den Berechtigten ungünstiger als das Gesetz normiere.[91]) So könnten zum Beispiel nicht alle künftigen Unterhaltsansprüche durch Zahlung einer einmaligen Abfindungssumme abgegolten werden.[92])

Dagegen werden Verträge, die die Unterhaltspflicht erhöhend regeln, allgemein für unbedenklich erklärt. Ob solche Verträge als Vereinbarungen über den ehelichen Aufwand (§ 1389 usw.) oder als reine Unterhaltsverträge anzusehen sind, wird vom Einzelfall abhängen. Nur wenn die der Frau zugewendeten Summen ausschließlich für ihren Unterhalt, nicht aber für die sonstigen Zwecke der ehelichen Gemeinschaft aufgewendet werden sollen,[94]) liegt kein Güterrechtsvertrag vor und ist demgemäß auch die Einhaltung der Ehevertragsform nicht erforderlich.[95])

Unwirksam sollen nach der Literatur wiederum solche Vereinbarungen sein, die durch Feststellung und Erhöhung des Unterhalts der Ehefrau das dauernde Getrenntleben der Ehegatten sichern, oder die ein Entgelt dafür normieren wollen, daß sich die Frau zu, wenn auch nur zeitweiligem, Getrenntleben bereit findet, ein Ent-

[90]) Staudinger IV 176/80, Planck IV 95, Opet 111, Schmidt 144, Hoerle 170, Wieruszowski I 65 ff. Hoch 26, RG. 61, 50 ff., in JW. 05, 637, Eingangsworte.
[91]) Opet 111.
[92]) vgl. Hoerle 163, RG. in JW. 05, 682.
[93]) Planck IV 110, Staudinger IV 180, mit Judikatur.
[94]) über den Unterschied vgl. Wieruszowski I 64 ff.
[95]) Ehevertragsform verlangt stets v. Baligand 62, nicht dagegen BayOBSTLG. V, 256.

gelt, das an die Stelle des nach dem Gesetz zu gewährenden Unterhalts treten soll. —

Gegen die Grundlage der vorgetragenen Anschauungen wendet sich v. Baligand.[96]). Er weist darauf hin, daß § 1614 sich auf Unterhaltsverpflichtungen, die die Bedürftigkeit des Berechtigten zur Voraussetzung haben, beziehe. Er folgert hieraus, daß bei entsprechender Anwendung des § 1614 auf die Fälle des § 1360 ebenfalls auf die Bedürftigkeit Rücksicht zu nehmen sei,[97]) auch da, wo es die Bestimmungen dieser Paragraphen nicht tun. Ein Verzicht der Ehefrau sei demnach vom Gesetz so weit zuzulassen, als sie aus ihren Einkünften selbst für ihren dem Stande des Mannes entsprechenden Unterhalt sorgen könne. So wenigstens dann, wenn dem Mann infolge Außerkraftsetzung der diesbezüglichen Bestimmung des gesetzlichen Ehegüterrechts kein Anspruch auf angemessene Beiträge der Ehefrau zum ehelichen Aufwand zustehe. § 1361 II, wo eine derartige Einschränkung der Unterhaltspflicht schon vom Gesetz normiert ist, eventuell auch § 1603, seien für die Bestimmung der Grenze des Zulässigen heranzuziehen.

v. Balligands Unterscheidung für den Fall verschiedener Regelung der Aufwandspflicht ist abzulehnen. Die Unterhaltspflicht ist vom Gesetz mit Bedacht unabhängig von der Aufwandspflicht geregelt. Die Zulässigkeit des Ausschlusses jener muß von dieser ebenfalls unabhängig sein.

Sodann wird Bedürftigkeit vom Gesetz für die Unterhaltspflicht des Ehemannes (anders verhält es sich mit der der Ehefrau, die daher aus dieser ganzen Kontroverse ausscheidet) grundsätzlich nicht vorausgesetzt: andernfalls hätte das Gesetz im § 1360 wie die §§ 1605, 1613/5 auch den § 1602 angezogen. Deshalb rechtfertigt gerade eine entsprechende Anwendung des § 1614 die herrschende Meinung. § 1361 II ist eine ausgesprochene Sondernorm[98]) und daher jeder analogen Anwendung oder sonstigen Uebertragung auf das Gebiet

---

[96]) S. 53/4.

[97]) vgl. hierzu auch Hess. RSPR. V. 171.

[98]) vgl. Titze 54.

der allgemeinen Vorschriften des § 1360 unfähig.[99]). Daß sich v. Baligand mit Recht auf die Protokolle der zweiten Kommission[100]) berufen kann, vermag gegenüber den aus der ganzen Anlage des Gesetzes zu entnehmenden anderweiten Folgerungen nicht von ausschlaggebender Bedeutung zu sein. —

Der herrschenden Meinung ist somit zuzustimmen. Zu ihren einzelnen, an sich zutreffenden, Folgerungen ist zweierlei anzumerken.

Im Laufe der Jahre verändern sich Lebenstellung, Vermögen und Erwerbsfähigkeit, die Maßstäbe für die Höhe des zu gewährenden Unterhaltes. Dadurch kann die vertragliche Festlegung eines bestimmten Unterhaltsbetrages den Charakter einer Erhöhung der gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung verlieren und den einer Minderung erhalten und umgekehrt.[101]) Im ersten Fall verliert der Vertrag, rebus non iam sic stantibus, seine Wirksamkeit.[102]) Im zweiten bleibt er nichtig, wenn nicht, was sehr unwahrscheinlich, die Parteien von vornherein die Wirksamkeit des Vertrages nur für die Zeit, in der er dem Gesetz nicht zuwiderliefe (auch wenn dieser Zeitpunkt erst später bei Veränderung der Vermögens- etc.-Verhältnisse eintrete) gewollt haben. Ein solcher Wille der Parteien ist um deswillen nicht anzunehmen, weil die Parteien ihre Verträge in der Regel zur Ordnung ihrer Lebensverhältnisse, wie sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befinden, schließen. Nur mit Rücksicht hierauf konnte überhaupt den zur Zeit des Vertragsschlusses den Verhältnissen nach zulässigen Verträgen Wirksamkeit zugesprochen werden. Denn in diesen Fällen wollen die Parteien entgegen der Vermutung des § 139 (wohl stets), daß die Verträge zunächst einmal wirken sollen, auch wenn sie später, weil nach Veränderung der Umstände dem Gesetz widersprechend, der Wirksamkeit entbehren werden.

---

[99]) § 1603 vollends kann, weil ganz andere Verhältnisse betreffend, nicht verwertet werden.

[100]) IV 102.

[101]) vgl. Hess. RSPR. V 171.

[102]) und zwar kraft Gesetzes, nicht nur kraft stillschweigenden Einverständnisses der Parteien, wie RSPR. 14, 244 annimmt.

Zweitens ist wiederum zu betonen, daß noch lange nicht in jeder Regelung der persönlichen und der Unterhaltsverhältnisse, letzterer zum Vorteile eines Ehegatten gegenüber der gesetzlichen Regelung, eine Gewährung von Entgelt für die persönliche Auseinandersetzung zu finden ist.[103]). Schon zur Vermeidung ständiger neuer Reibungen auf dem Gebiet der persönlichen Beziehungen wird bei derartigen Abmachungen leicht zugleich eine Klarstellung und Sicherung der pekuniären Verhältnisse erfolgen müssen. Dabei wird eine Begünstigung eines Teiles gegenüber dem gesetzlichen Status vielfach um deswillen nicht den Charakter eines Entgeltes haben, weil Rechts- und Sachlage auf dem Gebiet der Unterhaltsleistung oft divergieren. Eine Begünstigung gegenüber dem Gesetz braucht noch lange nicht zugleich eine solche gegenüber der Uebung der Ehegatten zu sein.

§ 15.
§ 1362 BGB.

§ 1362 BGB. statuiert gewisse Vermutungen für das Eigentum eines Ehegatten an bestimmten Sachen, die teilweise nur zu Gunsten der Gläubiger des Ehegatten (Absatz I), teilweise im Verhältnis der Ehegatten zu einander und zu ihren Gläubigern (Absatz II) gelten.

Soweit das Verhältnis zu Dritten in Frage kommt, erhellt ohne weiteres, daß die Ehegatten nicht durch interne Vereinbarungen den Dritten die Möglichkeit nehmen können, die gesetzlichen Vermutungen für sich geltend zu machen.

Es kann nur fraglich sein, ob die Ehegatten auf dem Gebiet des Absatzes II die Wirkung der Vermutung im Innenverhältnis entkräften können, und ob (— gegenüber Absatz I und II —) entsprechende Verträge mit Zuziehung einzelner Dritter wirksam sind.

Drei Schriftsteller halten derartige Vereinbarungen, wie die bezeichneten unter den Ehegatten, nicht für wirk-

---

[103]) so zutreffend Badische Rechtspraxis 03, 221; das gleiche hätte anscheinend auch in den Fällen RG. 61, 50 ff., Gruchot 50, 378 angenommen werden sollen.

sam,[104]) nur einer[105]) erhebt keine Bedenken gegen ihre Gültigkeit.

Die Bedenken beruhen auf der Natur der gedachten Verträge als der von Beweislastverträgen. Die Entscheidung wird möglicherweise von der Stellungnahme zu der Vorfrage abhängen, ob die Beweislastvorschriften materiellrechtlicher oder prozeßrechtlicher Natur sind. Im Rahmen dieser Arbeit kann diese bedeutungsvolle Frage nicht eingehend behandelt werden. Es kann nur kurz behauptet werden, daß den Parteien wohl das Recht einzuräumen sein wird, durch Verträge über die Beweislast in gleicher Weise wie durch das Geständnis auch unwahrer Tatsachen und durch Anerkenntnis auch nicht begründeter Verpflichtungen einen Einfluß auf den Verhandlungsstoff und seine Beurteilung auszuüben.

Die kurze Behandlung mag eine Rechtfertigung darin finden, daß für den Abschluß von Verträgen der bezeichneten Art ein Bedürfnis kaum je vorhanden sein wird.

Wohl mag des öfteren ein Ehemann ein Interesse daran haben, die Vermutung des § 1362 II hinsichtlich bestimmter Sachen zu entkräften. Noch öfter wird eine Ehefrau eine gleiche Feststellung gegenüber einem — oder möglichst vielen — Gläubigern des Mannes wünschen. Doch kann dies Ziel praktisch durch andere, auf die bestimmten Gegenstände unmittelbar bezügliche, Maßnahmen viel einfacher erreicht werden als durch die gedachten allgemeinen Vereinbarungen.

---

[104]) Wieruszowski I 141, Hoerle 171, Staudinger IV 139.

[105]) Opet 115.

III. Teil.

Das eheliche Güterrecht. Im allgemeinen.

§ 16.

Der Ehevertrag.
Der Streit um die Grenzen der Ehevertragsfreiheit: Problemstellung.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat fünf verschiedene Ordnungen des ehelichen Güterrechts aufgestellt, zwei gesetzliche und drei vertragsmäßige.

§ 1432 BGB. nun stellt den Ehegatten grundsätzlich frei, ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) zu regeln. § 1434 knüpft die Wirksamkeit solcher Verträge jedoch an die Erfüllung der Form gerichtlicher oder notarieller Beurkundung. § 1435 bestimmt, daß aus einem Ehevertrag einem Dritten gegenüber Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder ein zwischen ihnen ergangenes Urteil nur hergeleitet werden können, wenn der Vertrag in das Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war.

Ueber den Umfang der durch § 1432 gewährten Ehevertragsfreiheit bestehen tiefgehende grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten.

Die Mehrzahl der Schriftsteller und Gerichte[1]) steht auf dem Standpunkte, daß § 1432 den Ehegatten freistellt, nach ihrem Belieben und unabhängig von den Güterständen des Gesetzes, die nur Musterordnungen darstellten,[2]) ihr Güter-

[1]) freilich nur eine knappe Mehrheit. Ein Opponent (Wolff) bezeichnet sogar seine Meinung als die herrschende.

[2]) abgesehen von der Funktion der gesetzlichen Güterstände als solcher.

recht zu regeln.[3]) Freilich sollen dabei die allgemeinen Schranken, die das bürgerliche Recht (Buch 1—3) der Vertragsfreiheit setzt, nicht überschritten werden. Auch soll der geschaffene Güterstand nicht perplex sein dürfen.[4])

Nach dieser Auffassung gibt es so viele Güterstände, als Ehegatten sich verschiedenartige Kombinationen ausdenken.[5]) Unerheblich ist, ob diese Güterstände sich an eine Musterordnung des Gesetzes anlehnen, ob sie sich als Mischformen aus mehreren dieser Ordnungen darstellen oder ob sie — sogenannte freie Eheverträge — im wesentlichen selbstschöpferisch erfunden sind.

Eine erhebliche Minderheit in Literatur und Judikatur deutet den § 1432 einengend. Sie zerfällt wieder in zwei Gruppen, deren Anschauungen sich jedoch nur den Worten, der Terminologie nach, nicht der Sache nach, unterscheiden.

Die meisten Anhänger der strengeren Richtung geben den Ehegatten nur die Wahl zwischen den vom Gesetz aufgestellten fünf Güterständen. Der gewählte Güterstand soll zwar durch Vertrag abgeändert werden können,[6]) aber doch nur insoweit, als die getroffenen

---

[3]) so Staudinger IV 353, Opet 220, Schmidt 349 u. 350, Titze 62, Dernburg IV 191, Cosack II 565, Endemann II 2, 331, 401, Crome 266, Siméon I 812, Fischer-Henle 906, Leonhardt zu Eck 435/6, Jastrow, Formular-Buch 212, KommRGRät. 100, LGMetz, Els.-Loth. Not. Zeit. 23, 276, LG. Elberfeld ZBLfFG. III 327 und vor allem Motive IV 142, 306 und besonders 310.

[4]) Nicht selten werden aber Güterrechtsregelungen zu Unrecht für perplex erklärt. So z.B. von Staudinger a.a.O. Die Bestimmung, daß ein bezeichnetes Vermögensstück Gesamtgut sein solle, ist nicht perplex, da hiermit augenscheinlich die begrifflich durchaus mögliche Vergemeinschaftung der betreffenden Sache nach den Grundsätzen der Allgemeinen Gütergemeinschaft erstrebt wird. Die Kombination „Gütertrennung mit Errungenschaftsgemeinschaft" ist ohne erklärende Zusätze perplex; aus den näheren Umständen des Einzelfalles würde aber wahrscheinlich ein vernünftiger Sinn hervorgehen: vgl. hierüber Endemanns zutreffende Ausführungen II 2, 409.

[5]) das betonen besonders Cosack und LGMetz.

[6]) auch das bestreitet, jedenfalls zu Unrecht, Rocholl 184.

Bestimmungen nicht seinem „Wesen" widersprächen. Insbesondere werden in Konsequenz dieser Auffassung auch Mischordnungen aus mehreren gesetzlichen Güterständen und freie Eheverträge als unzulässig angesehen.[7])

Einige Schriftsteller verwerfen zwar Mischtypen, erklären aber, daß sie freie Eheverträge für zulässig hielten.[8])

Freilich lassen auch sie solche freien Eheverträge nur dann zu, wenn der gewählte Güterstand seiner rechtlichen Natur nach derart ist, daß er den schon im Allgemeinen Teil, Obligationen- und Sachenrecht geschaffenen rechtlichen Möglichkeiten entspricht, daß er auch außerhalb des Ehegüterrechts hätte geschaffen werden können. Derartige Regelungen will aber z. B. v. Baligand ebenfalls zulassen. Nur erklärt er sie für überhaupt nicht güterrechtlicher Natur; denn güterrechtlich seien nur diejenigen Rechte und Pflichten der Ehegatten, die im Gesetz positiv geregelt seien.[9]) In einer durch einen solchen Vertrag geregelten Ehe gelte dann als Güterstand die Gütertrennung.[10])

Der dargestellte Streit der milderen und strengeren Richtung ist von grundlegender Bedeutung für die Frage nach dem zwingenden Recht im Ehegüterrecht. Erst nach seiner Entscheidung könnte eine Einzeldarstellung angeben, welche der positiven Normen des Gesetzes (oder seiner immanenten Grundsätze) abweichender Parteivereinbarung nicht weichen.

---

[7]) dieser Ansicht (mit geringen Modifikationen) v. Baligand 36 ff., Bollenbeck, Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1911, 762 ff. (der früher im „Recht" 1904 eine jetzt aufgegebene Mittelmeinung verfocht), Planck IV 229, Martin Wolff 144 ff., Heckelmann 31 ff., KG i. RSPR. 1, 457, wohl auch Johow 20, 299, OLG. Kolmar RSPR. 7, 53.

[8]) dieser Ansicht Ehrlich 193 ff., Wieruszowski II, 2, 210, Matthiass 578.

[9]) S. 5.

[10]) S. 52. Ihm folgen hinsichtlich des beachtetsten Anwendungsfalles, der Einführung des Dotalrechts Lins und andere Dagegen erklärt Titze 62 das etwa statuierte Dotalrecht für einen (freien) Güterstand.

§ 17.

Zur Deutung der ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes.

Die Stellung der Motive.

Der Gesetzestext bietet der herrschenden Meinung eine feste Stütze. Freilich aus den farblosen Worten des § 1432 sind keine Schlüsse zu ziehen. Wohl aber sind die beiden Sätze des unmittelbar folgenden § 1433 im Sinne der herrschenden Meinung zu deuten. Der erste Satz erklärt eine Regelung der Güterrechtsverhältnisse durch Verweisung auf einen nicht mehr geltenden oder ausländischen Güterstand für unzulässig. Er legt die Annahme sehr nahe, daß einer — auch wörtlichen — Nachbildung eines solchen Güterstandes durch freien Ehevertrag nichts im Wege stehe. Absatz II läßt in bestimmten Fällen eine Verweisung wieder zu. Seine Fassung läßt die getroffene Regelung ganz als Ausnahme von der Ausnahme des Absatzes I, nicht aber als allgemeine Sondernorm von der grundstürzenden Bedeutung erscheinen, daß durch sie allein andere als die gesetzlichen Güterstandsordnungen für einführbar erklärt werden.[11])

Auch § 1430 BGB. ist in gleichem Sinne zu deuten. Denn er normiert eine Mischform aus Gütertrennung und Verwaltungsgemeinschaft und gibt in seinem letzten Satz der Ehefrau das Recht, noch anderweite Mischformen dieser beiden Güterstände zu schaffen.[12])

Die Motive gestatten an mehreren Stellen mit nicht mißzuverstehender Deutlichkeit jenes Nachbilden eines fremden oder altrechtlichen Güterstandes. Sie bedienen sich dabei sogar des Wortes „selbstverständlich"![12a])

---

[11]) eine gewisse materielle Bedeutung gestehen dem Absatz II freilich auch die Motive IV 311 zu, jedoch zu Unrecht, wie eine Sonderbetrachtung des Rechtes des § 1433 zeigen würde.

[12]) § 1430 enthält ein beschränktes und einseitig vernichtbares Nutznießungsrecht im Falle einer nach allgemeinen Grundsätzen erfolgten Vermögensübertragung. Dieses Recht kann die Ehefrau nach dem Schlußsatz wie aufheben, so auch einzuschränken.

[12a]) IV 310.

Bei der vorgetragenen, die herrschende Meinung stützenden Fassung des Gesetzbuches wird es schwerwiegender Argumente für den Nachweis bedürfen, daß die Motive in dieser grundlegenden Frage den Sinn, die ganze Anlage des Gesetzes, falsch gedeutet haben.

Die Minderheit sucht sich freilich ebenfalls auf den Wortlaut des Gesetzes zu stützen. — Nach den §§ 1526 II und 1555 BGB. ist bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft des BGB. Vorbehaltsgut des Mannes ausgeschlossen. Die Paragraphen sind von der zweiten Kommission in das Gesetz eingefügt worden. Sie haben nach Ansicht v. Baligands[13]) die Stellung des Gesetzes zur Frage der Grenzen der Ehevertragsfreiheit völlig verändert. Deshalb seien auch die Motive zum ersten Entwurf für die Auslegung des fertigen Gesetzes in dieser Frage ohne Bedeutung. Indem die bezeichneten Bestimmungen die beliebige Mischung von Gesamtgut, eingebrachtem Gut und Vorbehaltsgut verboten hätten, hätten sie die Bildung von Mischtypen aus den drei Gemeinschaftsgüterständen ausgeschlossen und zugleich die Unzulässigkeit von Mischformen aus diesen und den gesetzlichen Güterständen klargestellt.

Die §§ 1526 II, 1555 sind aber für so weitgehende Deduktionen nicht zu verwerten. Die Bestimmungen sind von der Kommission aus rein technischen Erwägungen eingeführt worden; eine sachliche Aenderung sollte so wenig herbeigeführt werden, daß in der Kommission gleich eine Gebrauchsanweisung für die Umgehung der Bestimmungen gegeben wurde.[14])

Allerdings sollten — worauf v. Baligand sich stützt — diese technischen Aenderungen der Vereinfachung dienen. Man wollte nämlich die zur Beratung stehenden Musterordnungen vereinfachen. Dagegen war eine zwangsweise Vereinfachung des ganzen Güterrechts durch weitgehende Einschränkung der Vertragsfreiheit

---

[13]) S. 37 ff.

[14]) Prot. IV 350/1. Vgl. auch die Worte Dernburgs IV 138 über die Bedeutung der Aenderungen der zweiten Kommission auf dem behandelten Gebiet: in seiner Grundlage wurde der erste Entwurf nicht berührt.

nicht beabsichtigt. Es ist keine Unterstellung [15]) gegenüber dem Gesetzgeber, wenn man annimmt, er habe nicht daran gedacht, daß so weitgehende Folgerungen wie die von der strengeren Richtung gezogenen den Sonderbestimmungen der fraglichen Paragraphen entnommen werden würden. Es können nicht aus nebensächlichen, zumal in einem späteren Stadium [16]) der Gesetzgebung in ein Gesetz eingefügten, Sondervorschriften ohne weiteren Anhalt Grundsätze abgeleitet werden, die dem wohlerwogenen System des Gesetzes strikt zuwiderlaufen. [17])

Auch einzelne Motivenstellen werden gelegentlich von Schriftstellern der Minderheit verwertet. So eine Stelle, in der die Aufstellung der fünf im BGB. geregelten Güterstände etwas einseitig auf die Rücksichtnahme auf eingewurzelte Vorliebe der Bevölkerung für den bisherigen Rechtszustand, die Aufstellung von nur fünf Ordnungen aber auf die Tendenz der Vereinfachung zurückgeführt wird. So ferner die Bemerkung: „daß die Konstruktion des gesamten ehelichen Güterrechts eine einheitliche sein und das vertragsmäßige Güterrecht sich in dieser Beziehung durchaus an das gesetzliche anschließen müsse." Aber wer diese Bemerkungen im Zusammenhange betrachtet, wird finden, daß durchweg nur über die Vereinfachung der in das Gesetz aufgenommenen Vertragsgüterstände gehandelt wird. Sicherlich sollte es der Vereinfachung dienen und hat der Gefahr einer unnötigen, d. h. nicht von den besonderen Interessen der einzelnen Ehegatten getragenen, Rechtszersplitterung vorgebeugt, daß das Gesetz nur fünf Ordnungen aufgestellt hat, nicht aber 98, welche Anzahl verschiedener Ordnungen vor 1900 in Deutschland in Geltung war.

---

[15]) wie v. Baligand meint.

[16]) hier im gesetzgebungstechnischen, nicht staatsrechtlichen Sinne.

[17]) mit den Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung solcher Sondervorschriften ergeben können (natürlich nicht müssen) und sich im vorliegenden Fall ergeben würden, muß man sich abfinden. (Das ist nicht = ignorieren, wie Baligand meint.) Wie, müßte eine Einzeldarstellung zeigen.

§ 18.

Die historischen und dogmatischen Argumente der strengeren Richtung.

Fernerhin wird gelegentlich behauptet, daß die Güterstände als historische Individualitäten nebeneinander ständen und deshalb nur gewählt oder verworfen, nicht aber vermischt werden könnten.[18])

Aus dem Gesetz wie aus den Motiven[19]) geht jedoch deutlich hervor, daß der Gesetzgeber zwar an die Vergangenheit angeknüpft, sich aber gar nicht gescheut hat, die historischen Individualitäten zusammenzuwerfen und umzumodeln, wo es ihm erforderlich schien. Die Güterstände des BGB. ähneln solchen alten Rechtes, aber gleichen ihnen durchaus nicht.

Mit größerer Entschiedenheit werden von den verschiedenen Vertretern der strengeren Richtung Gründe dogmatischer Natur geltend gemacht. Schon oben[20]) bei Klarstellung des Verhältnisses dieser Autoren zueinander sind diese Anschauungen berührt worden. Es wird behauptet,[21]) daß die Güterstände des BGB. mit Ausnahme der Gütertrennung sich dadurch auszeichneten, daß sie in der Nutzverwaltung des Mannes und den verschiedenen Vergemeinschaftsformen rechtliche Bildungen zum wesentlichen Inhalte hätten, die nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB, Teile 1 bis 3, nicht durch Vertrag hätten geschaffen werden können. Diese Bildungen werden als „absolute Rechtsformen" bezeichnet. Solche „absoluten Rechtsformen" können nun angeblich auch auf güterrechtlichem Gebiet nicht beliebig geschaffen werden. Eine Neuschaffung derartiger Formen wird auch in der Verschmelzung der vom Gesetz normierten zu neuartigen Mischordnungen gefunden.

Einer im wesentlichen gleichen Auffassung[22]) geben andere Ausdruck, wenn sie geltend machen, die Normen

---

[18]) dieser Ansicht Ehrlich, gegen ihn sogar v. Baligand.

[19]) IV 142.

[20]) S. 62.

[21]) so besonders von v. Baligand.

[22]) so Planck, Wieruszowski, Ehrlich. Letzterer zählt auch die durchbrochenen Bestimmungen auf, berücksichtigt dabei freilich § 1438 II III BGB. nicht.

des Güterrechts enthielten vielfach Durchbrechungen sonst zwingender Bestimmungen und allgemeiner Grundsätze des BGB., und diese Durchbrechungen sollten nicht etwa für das Güterrecht im allgemeinen, sondern nur für den jeweiligen Güterstand gelten.

Zu diesen Auslassungen ist folgendes zu bemerken: Unter absolutem Recht versteht man diejenigen Rechtsnormen, die nicht nur für und gegen die unmittelbar an dem jeweils in Betracht kommenden Rechtsverhältnis Beteiligten, sondern für und gegen jedermann wirksam sind. Ob eine Rechtsnorm absoluten Rechts ist oder nicht, besagt für die Frage, ob sie zwingenden Rechtes ist, zunächst gar nichts. Richtig ist jedoch, daß das eheliche Güterrecht eine erhebliche Anzahl von Bestimmungen enthält, an denen Dritte ein unmittelbares Interesse haben. Insbesondere gilt das von der Mehrzahl derjenigen Bestimmungen, die bestimmte — im Sachenrecht allerdings unbekannte und daher, falls das Interesse der Dritten einen numerus clausus der dinglichen Rechte erheischen sollte, diesen durchbrechende — Herrschaftsrechte an einem Vermögen, nämlich die Nutzverwaltung des Mannes und verschiedene Arten von Gesamthandseigentum, ausgestalten. Nicht wenige dieser Vorschriften geben ja auch den Dritten unmittelbar Möglichkeiten zum Rechtserwerb gegenüber den Ehegatten. Eine Berufung auf die „absolute Natur" dieser Vorschriften könnte in dem gegebenen Zusammenhang dann und nur dann Sinn und Bedeutung haben, wenn gemeint sein sollte, das Interesse der Dritten, die mit dem Ehegatten kontrahieren wollten, erfordere die von der Minderheit vertretene Auffassung. Nach der Richtung hin könnte behauptet werden, der Gesetzgeber habe die von ihm aufgestellten Güterstände übersehen können und dafür gesorgt, daß Dritte nicht durch Verträge der Ehegatten geschädigt würden. Er habe jedoch nicht berücksichtigen und verhüten können die Machenschaften, die etwa bei Mischung dieser Vorschriften oder Aufstellung selbstgeschaffener Güterstände zu Ungunsten Dritter vorgenommen werden könnten. Daher habe er den Ehegatten nur die Wahl zwischen den fünf Güterständen des Gesetzes lassen wollen.

Aber eine derartige Argumentation würde die Bedeutung des § 1432 BGB. nicht genügend würdigen. Das

Güterrecht enthält nämlich eine besonders große Anzahl von Bestimmungen über Schuldenhaftung, Prozeßführung, das Verhalten Dritter gegenüber schwebend unwirksamen Verfügungen eines Ehegatten u. a., die unmittelbar den Dritten die Möglichkeit geben, Rechte gegen einen oder beide Ehegatten zu erwerben.[23]) Wohl jeder Ehevertrag, mag er auch nur einen gesetzlichen Güterstand modifizieren oder einen der Vertragsgüterstände des Gesetzes einführen, enthält nach irgend einer Richtung hin auch eine Verschlechterung der Rechtsposition der Dritten. Daher muß dem § 1432 die Bedeutung eingeräumt werden, daß er den Ehegatten Vertragsfreiheit über die im § 5 dieser Arbeit fixierten allgemeinen Schranken hinaus gewährt. Nun wird auf der anderen Seite auch von der herrschenden Meinung nicht verkannt, daß den Ehegatten im Güterrecht nicht etwa Freiheit zu allen und jeden Dritte beschränkenden Abmachungen zuzuerkennen ist. Wo nach dieser Richtung hin die Grenze der Vertragsfreiheit zu ziehen ist, wird im Falle der schließlichen Billigung der herrschenden Meinung noch besonders zu erörtern sein.[24]) Schon hier aber kann behauptet werden, daß die Grenze nicht mit der strengeren Richtung zu ziehen ist. Denn liegt kein grundsätzliches Verbot gewisser Arten von Verträgen vor, so kommt es auf die Prüfung des Einzelfalles an. Und ist das der Fall, so kann ohne Bedenken behauptet werden, daß es Eheverträge, die sich als Mischungen zweier Güterstände des Gesetzes darstellen und freie Eheverträge geben k a n n, die die Dritten, die etwa mit den Ehegatten in Geschäftsverkehr treten werden, weit besser stellen, als selbst der zweifellos zulässige Tausch mehrerer Güterstände des Gesetzes oder der Ausschluß auch nur einer einen gesetzlichen Güterstand ausgestaltenden Norm.

---

[23]) so zutreffend v. B a l i g a n d 31. Daß bereits erworbene Rechte Dritter durch Ehevertrag nicht beseitigt werden können, wird nicht zweifelhaft sein (ebenso v. B a l i g a n d). Bei dem Ausschluß solcher würde es sich gar nicht um eine Güterstandsregelung handeln, da die Rechte Dritter mit ihrem Entstehen von dem Bestehen des Güterstandes unabhängig werden (v. B a l i g a n d 5). Ein Ausschlußvertrag könnte von dann ab nur zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem wirksam geschlossen werden.

[24]) unten S. 74 ff.

Ebenso führt auch die Berufung auf die im Güterrecht enthaltenen Durchbrechungen allgemeiner Schranken des Rechtsverkehrs nicht notwendig und nicht mit Recht zu der Anerkennung grundsätzlicher Einengung der Ehevertragsfreiheit.

Schon die Motive[25]) machen darauf aufmerksam, daß sich manche güterrechtlichen Verhältnisse des BGB. ohne positive Regelung vertraglich gar nicht hätten schaffen lassen. So würde der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung an der Verbotsnorm des § 137 BGB. scheitern, denn durch Vereinbarung einer dem § 1395 BGB. entsprechenden Bestimmung würde die Frau sich der Verfügung über veräußerliche Rechte, nämlich ihr eingebrachtes Gut begeben haben.[26]) Ebenso enthalten die Gemeinschaftsgüterstände Formen des Eigentums zu gesamter Hand, die wenigstens nach der allgemeinen Auffassung der Literatur außerhalb des Güterechts im Interesse Dritter nicht zu schaffen wären. Jedoch zwingt die Erkenntnis dieser Durchbrechungen keineswegs dazu, die einmal im Gesetz enthaltenen Durchbrechungsnormen für nur im Rahmen des betreffenden gesetzlichen Güterstandes, nicht aber auch im Rahmen von Mischordnungen oder freien Eheverträgen, nicht in abgeschwächter und veränderter Form, zulässig anzusehen.

Zwingen somit die dogmatischen Auslassungen der Vertreter der strengeren Richtung nicht zu der von ihnen vertretenen Anschauung, so erscheint diese vollends als verfehlt, wenn man sie in ihre Konsequenzen verfolgt.

Die Minderheit muß notwendig mit dem Begriffe des „Wesens des Güterstandes" operieren. Die Zulässigkeit des Ausschlusses einzelner Bestimmungen kann sie nicht leugnen, auch soweit es sich dabei um Bestimmungen handelt, die — um uns der Terminologie v. Baligands zu bedienen — die besonderen absoluten

---

[25]) IV 142.

[26]) nicht überzeugend sind die hiergegen gerichteten Ausführungen v. Baligands 28 ff. Nicht jedes dingliche Recht stellt eine Durchbrechung des § 137 dar, wie Baligand der oben vertretenen Auffassung unterstellt. Ueber die mit einem Nießbrauch belastete Sache kann der Eigentümer frei verfügen (nur überträgt er sie mit der Belastung). Nicht so die Ehefrau nach § 1395 BGB. über eingebrachtes Gut.

Rechtsformen des Güterrechts ausgestalten[27]) oder Durchbrechungen allgemeiner Grundsätze des Gesetzes enthalten. Irgendwo muß aber die strengere Richtung dieser Ausschlußbefugnis Halt gebieten. Die Grenzlinie wird nun dahin gezogen und kann nur dahin gezogen werden, daß ausgeführt wird, keine das Wesen des Güterstandes ausmachende Bestimmung dürfe wegbedungen werden.

Das Operieren mit dem Wesen eines Rechtsinstituts ist aber, wie oben betont, ganz unfruchtbar. Die eingehenden Auseinandersetzungen einiger Schriftsteller[28]) über das Wesen des Güterstandes können die Ueberzeugung von der Unbrauchbarkeit dieses Rechtsbegriffes[29]) nur verstärken. v. Baligand selbst muß zugeben,[30]) daß „die Aufdeckung der in diesem Sinne wesentlichen Bestandteile dadurch erschwert wird, daß die gesetzliche Regelung in einer Weise erfolgt ist, welche die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses nicht unmittelbar zum Ausdruck bringt". Jeder Versuch einer Durchführung in praxi führt zu unannehmbaren Ergebnissen. Ist es nicht absurd, wenn nach Bollenbeck[31]) der Mann bei der Verwaltungsgemeinschaft unbedingt den ehelichen Aufwand tragen muß, jedoch nicht notwendig in voller Höhe? Man fragt sich, ob 1 Prozent genügt oder ob 75 Prozent erforderlich sind. Und ist es nicht in gleicher Weise unbefriedigend, wenn v. Baligand[32]) meint, Bestellung zum Vorbehaltsgut sei nur bis zu einer gewissen Grenze zulässig, darüber hinaus unzulässig, — und man sich dabei vor Augen hält, daß er, wenn das ganze Vermögen der Frau zu Vorbehaltsgut erklärt würde, diese Vereinbarung, zum Gütertrennungsvertrag konvertiert, zulassen würde? — Ebenso bleibt bei der Auffassung der Minderheit zwischen All-

---

[27]) welche Bestimmungen des Güterrechts dahin gehören, wird aber nirgends, auch von v. Baligand nicht, recht klargestellt.

[28]) z. B. Bollenbecks Zeitschr. d. d. NotV. 772 ff.

[29]) über den sich die, die ihn verwenden, übrigens durchaus nicht einig sind, vgl. Baligand 54, Abs. 2.

[30]) S. 35.

[31]) S. 772/4.

[32]) S. 61.

gemeiner Gütergemeinschaft und Errungenschaftsgemeinschaft stets eine „Kluft", der selbst v. Baligand wenig innere Berechtigung zugesteht.

§ 19.

Die induktive Beweisführung der strengeren Richtung.

Auch induktiv wird die Anschauung der Minderheit, besonders von v. Baligand, zu rechtfertigen gesucht.

Er führt zunächst als in der Praxis unbestrittene Sätze, die nur bei Annahme seiner Anschauung zu halten seien, folgende an: Vertragsmäßiges Sondergut ist bei der Allgemeinen Gütergemeinschaft unzulässig;[33]) bei der Errungenschaftsgemeinschaft können die nach dem Gesetz ins eingebrachte Gut fallenden Gegenstände nicht im voraus mit unmittelbarer Wirkung dem Gesamtgut zugewiesen werden; die sogenannte Auseinandersetzungsgemeinschaft des § 1471 BGB. kann nicht durch Vertrag zu einem Dauerzustand umgestaltet werden.

Daß diese Sätze von der herrschenden Meinung anerkannt sind, läßt sich nicht leugnen.[34])

Es muß jedoch einmal bestritten werden, daß der erste Satz die Gegenmeinung stützt. Denn er läßt sich sehr wohl durch ein nichtkonstruktives Argument, nämlich die Berufung auf den Schutz der Interessen Dritter, begründen; ein erheblicher Teil der Literatur tut dies.[35])

Hinsichtlich der beiden anderen Sätze wird man sich erlauben können, der herrschenden Meinung entgegenzutreten. Es handelt sich hier um zwei der in der kommentatorischen Literatur nicht seltenen, übrigens auch sehr erklärlichen, Fälle von Massensuggestion.

---

[33]) oder wenigstens seine Schaffung wirkt nicht gegen Dritte, so z. B. Staudinger IV 374.

[34]) vgl. z. B. zu dem zweiten Satze sogar Motive (!) IV 496, Schmidt 581, Opet 231, anders anscheinend 344.

[35]) v. Baligand, ebenso Schmidt 378, Dernburg IV 202, Staudinger und sogar Planck zu § 1439 leiten ihre Ansicht aus den Verhandlungen der zweiten Kommission und deren Beschluß, durch den das Sondergut des Gesetzes auf die abtretbaren Gegenstände beschränkt wurde, her. Aber die Ansichten der Kommissionsmitglieder über die Bedeutung dieses Beschlusses gingen auseinander, vgl. Prot. IV 236; eine von der v. Balligands abweichende Auslegung und Verwertung dieses Beschlusses ist wohl möglich. — Ob die Berufung auf das Interesse Dritter durchgreift, müßte eine Sonderdarstellung näher prüfen.

Eine allgemeine Erklärung bestimmten eingebrachten Gutes zu Gesamtgut ist auch mit unmittelbarer Wirkung durchaus möglich. § 1438 II statuiert den Eigentumsübergang ipso pacto bei Vergemeinschaftung. Die §§ 1519 (ausdrücklich) und 1549 wenden ihn auf die beiden abgeschwächten Gemeinschaftsformen des Gesetzes an. Offenbar wird also ein für das Recht der Gesamthand unter Ehegatten allgemeiner Grundsatz [36]) aufgestellt. Mit welchem Recht ihn die Literatur nur auf die Vergemeinschaftsfälle, die in der gesetzlichen Regelung enthalten sind, nicht aber auf Vertragsregelungen, die zwischen § 1438 und § 1519 stehen, zur Anwendung bringt, ist nicht recht erfindlich. Die vertretene Anschauung ist seinerzeit in der zweiten Kommission sogar als unzweifelhaft bezeichnet worden.

Ebenso ist aber auch eine vertragliche Perpetuierung der sogenannten Auseinandersetzungsgemeinchaft durchaus unbedenklich. [37]) Die bezeichnete Gemeinschaftsform ist ausdrücklich durch das Gesetz zugelassen. Schließt man das Recht der Ehegatten, Durchführung der Auseinandersetzung zu verlangen, aus, so modifiziert man die Gemeinschaft; das kann einem aber nach dem Vorstehenden, der vertretenen Meinung, infolge der Bestimmung des § 1432 nicht versagt werden. Daß der bezeichneten Regelung nicht im Interesse des auch auf güterrechtlichem Gebiet für erforderlich zu erachtenden Minimums des Schutzes Dritter und im Interesse des Schutzes der guten Sitten Wirksamkeit abzusprechen ist, müßte und würde eine Spezialdarstellung zeigen. —

Weiter meint v. Baligand, daß durch Mischordnungen gewisse zum Schutze Dritter gegebene Vermutungen entwertet würden. Es besteht nämlich bei den Gemeinschaftsgüterständen eine Vermutung zu Gunsten des Gesamtgutes; bei der Errungenschaftsgemein-

---

[36]) eine Durchbrechung der sonst im BGB. nach der gemeinen Meinung zwingend herrschenden Bestimmungen über Eigentumsübertragung.

[37]) der herrschenden Meinung folgen zu diesem Punkt Staudinger IV 441, Schmidt 450, v. Baligand 91 u. a. Vermittelnd Endemann II, 2 452. Wie hier nur Opet 274, aber mit bedenklicher Begründung.

schaft ist sie im Gesetz augedrückt, bei den anderen Ordnungen dem Zuammenhang zu entnehmen.

Dieser Vermutung unterliegen — so wird man anzunehmen haben — grundsätzlich im Falle irgendwelcher Verbindung von Gesamtgut und Einhandsgut alle Gegenstände, hinsichtlich derer nicht von vornherein nach Einsicht des Registers offenbar ist, daß sie nicht zum Gesamtgut gehören können.[38]) Ihre ausdrückliche oder dem Sinne nach vorgenommene Beseitigung wird im Interesse der Dritten nichtig, ein solcher Vertrag nach § 139 BGB. zu beurteilen, aber meist entgegen der Vermutung dieses Paragraphen auch ohne die fragliche Bestimmung wirksam sein. Hiernach wird auch die bezeichnete Vermutung durch Annahme der herrschenden Meinung nicht entwertet. Entsprechendes gilt für die ebenfalls nicht im Gesetz ausgedrückte Vermutung zu Gunsten des eingebrachten Gutes beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung.

Schließlich befürchtet v. Baligand in der Praxis von dem Durchdringen der freieren Auffassung eine Gefährdung der Rechtssicherheit. Der Ehevertrag würde in diesem Falle noch mehr zu unlauteren Schiebungen benutzt werden, als es heute schon geschehe. Auch würden sich in einzelnen Gegenden im Anschluß an das bisherige Recht „Formulare" ausbilden und damit die alte Rechtszersplitterung unvermindert fortdauern.[39])

Derartige Erwägungen können de lege lata nicht ausschlaggebend sein. Es wird Aufgabe einer guten Rechtsprechung sein, den etwa der Rechtssicherheit drohenden Gefahren zu begegnen. Daß der Gesetzgeber bei aller Tendenz, der früheren Rechtszersplitterung abzuhelfen, nicht zwangsweise ein einheitliches Güterrecht hat schaffen wollen, ist bereits betont. Wille und Interessen der einzelnen Ehegatten standen ihm dazu zu hoch. Darüber, daß v. Balligands und Ehrlichs Abneigung gegen „Formulare" ganz unbegründet ist, wird im Schlußwort dieser Arbeit noch kurz gesprochen werden.

---

[38]) so etwa, wenn bestimmte Gegenstände (Grundstücke) von der Gütergemeinschaft ausgenommen sind.

[39]) ebenso Ehrlich 198/9.

§ 20.

Das Ergebnis.

Schranken der Ehevertragsfreiheit nach der vertretenen Meinung.

Nach dem Vorstehenden sind die Argumente der strengeren Richtung nicht durchgreifend. Es wird der durch Gesetzestext und Motive gerechtfertigten herrschenden Meinung zu folgen sein. Bereits betont ist, daß damit, wie selbstverständlich, die Ehevertragsfreiheit nicht für jeder Schranke ledig erklärt wird.

Aufrechterhalten bleiben einmal die in dem grundlegenden Teil dieser Arbeit, §§ 3 und 4, erwähnten allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit, die auf logischen und ethischen Erwägungen beruhen, wenn und soweit sie nicht etwa durch positive Vorschriften des Güterrechts durchbrochen[40]) sind.

Dagegen folgt, wie bereits betont, aus § 1432, daß die Ehegatten nicht durch die Interessen Dritter in der Weise gebunden sind, wie sonst zwei Vertragschließende im bürgerlichen Recht. Es war auch bereits darauf hingewiesen, daß auf der anderen Seite es den Ehegatten nicht verstattet sein kann, die Dritten, die sich in Geschäftsverkehr mit ihnen einlassen, böslich zu beschränken oder zu schädigen. Es wird kaum jemand einen Vertrag für wirksam erklären, mit dem die Ehegatten durch Ausschluß des § 1411 BGB. das eingebrachte Gut der Frau jedem Gläubigerzugriff entziehen wollten. Es würden ja im Falle der Zulässigkeit eines solchen Vertrages ungezählte Dritte, die, derartiges nicht befürchtend, das Güterrechtsregister nicht eingesehen haben, zu Schaden kommen; würde aber der Vertrag weiteren Kreisen bekannt, so würde die Frau von jedem Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden. Diesem Beispiele ließen sich noch manche anderen anreihen. In der Tat erklären es auch schon die Motive[41]) für selbstverständlich, daß „die durch das Gesetz unter gewissen tat-

---

[40]) wie der § 137 durch den § 1395. Wie weit die Bedeutung der Durchbrechung insbesondere eventuell auch des numerus clausus der dinglichen Rechte an einem Vermögen und des Gesamteigentums reichen, wäre Sache der Einzeluntersuchung.

[41]) IV 305.

sächlichen Voraussetzungen, insbesondere unter der Voraussetzung eines bestimmten, unter den Ehegatten bestehenden Güterrechtsverhältnisses dritten Personen eingeräumten Rechte beim Vorhandensein jener Voraussetzung durch Ehevertrag nicht beeinträchtigt werden können."

Es muß die Grenze des Zulässigen gefunden werden, Versuche dazu sind gemacht worden, insbesondere von v. Baligand.[42]) Er verfährt so, daß er unter Verzicht auf die Gewinnung allgemeiner Richtlinien jede einzelne Vorschrift einer Prüfung unterzieht. Aber so beachtlich und billigenswert die Ergebnisse seiner Untersuchung vielfach sind: es liegt in der Natur eines derartigen kasuistischen Verfahrens, daß die Erörterungen stellenweise von Erwägungen der Opportunität, Gedankengängen de lege ferenda, unzulässig beeinflußt werden.

Die Scheidelinie wird, wie folgt, zu ziehen sein. Der Ehevertragsregelung gegenüber sind einmal diejenigen Bestimmungen und immanenten Regeln des Güterrechts unverbrüchlich, die den Dritten auch gegenüber unverheirateten Personen nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. in gleichen oder ähnlichen Fällen zustehen. Beispiele hierfür sind: einerseits die Vorschriften über die grundsätzliche Haftung für eigene Schuld mit eigenem Vermögen,[43]) über Passivlegitimation,[44]) andererseits die Bestimmungen der §§ 1396/8, 1448, weil entsprechend dem Recht der Geschäftsbeschränkung und Vertretung. Soweit aber die Rechte Dritter durch güterrechtliche Besonderheiten erst bedingt sind, sind diejenigen Bestimmungen durch Ehevertrag nicht auszuschließen, die vom Standpunkt des Gesetzgebers als „notwendig", nicht nur zweckmäßig, erscheinen, — ohne die ein (auf der Grundlage von Treu und Glauben beruhendes) Verkehrsleben nicht möglich wäre. Bei Ermittelung dieser Bestimmungen wird besonders der Gesichtspunkt[45]) zu beachten sein, daß unter Umständen den

---

[42]) v. Baligand 45 ff.

[43]) betont auch von v. Baligand 47.

[44]) so auch v. Baligand 45.

[45]) den besonders auch v. Baligand a. a. O. betont.

Dritten eine Registereinsicht nicht zugemutet werden kann. Hier muß dann auch nach den soeben dargestellten Richtlinien eine Prüfung des angeblichen numerus clausus der Herrschaftsrechte und Miteigentumsformen einsetzen; sie wird sofort erforderlich, wenn nur der Versuch gemacht wird, etwa einen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung der Frau zu begründen.[45a])

Bei Beobachtung der gezogenen Grenzlinien dürfte auch in dem sonst freiesten Ehevertrag das erforderliche Minimum von Rechten[46]) Dritter gewahrt sein. —

Welche Wirkung hat es, wenn eine der bezeichneten Schranken der Ehevertragsfreiheit nicht beachtet ist?

Ist eine Bestimmung des Gesetzes unzulässigerweise und also ohne Rechtswirkung ausdrücklich ausgeschlossen, so findet auf den Ehevertrag § 139 BGB. Anwendung. In den meisten Fällen wird dann der Wille der Parteien durch Auslegung unschwer als der Vermutung des § 139 entgegenstehend festzustellen sein. Nicht anders aber liegt der Fall, daß bei einer Mischordnung oder einem freigeschaffenen Güterstand eine für eine Regelung nach Art der gewählten als zwingend anzusehende Norm stillschweigend nicht mit aufgenommen ist. Auch in diesem Falle liegt eine die betreffende Norm ausschließende, freilich nicht in Worten zum Ausdruck gekommene Vertragsbestimmung vor, deren Nichtigkeit zur Prüfung der Wirksamkeit des ganzen Vertrages unter Berücksichtigung des § 139 zwingt. Der Rechtsprechung erwachsen damit schwierige, aber dankbare Aufgaben.

[45a]) Dieser Versuch würde, wie beispielsweise angemerkt sei, sicherlich daran scheitern, daß von keinem Dritten erwartet werden darf, daß er bei Rechtsgeschäften mit einem Ehemann über dessen Vermögen das Eheregister auf die Verfügungsmacht des Mannes hin einsieht, — und daß daher eine unerträgliche Schädigung der Dritten unausbleiblich sein würde.

[46]) genauer wieder Möglichkeiten, Rechte zu erwerben.

Schluss.

§ 21.

Das Ergebnis dieser Arbeit, das — wie es nicht anders sein durfte — ausschließlich durch Auslegung, durch Erwägungen de lege lata, gefunden wurde, mag im Schlußwort seine Betrachtung de lege ferenda finden.

Es ist erfreulich, wenn gerade auf einem so von persönlichen und zeitlichen Einflüssen, von dem Wechsel der individuellen Anschauungen und Verhältnisse und der Wertungen des sozialen Lebens abhängigen Gebiet, wie das des Rechts der bürgerlichen Ehe ist, der Weg sich als frei erweist für eine Berücksichtigung einmal der individuellen, höchstpersönlichen Verhältnisse der einzelnen, ein andermal für die im Zeitenlauf wechselnden Anschauungen über die Gestaltung der Prinzipien des Eherechts; der Weg, den diejenigen nehmen, die aus den angegebenen Gründen hinauswollen über die notwendige und im Regelfall ersprießliche, im Einzelfall und im Wandel der Zeit aber leicht ertötend wirkende Schablone des Gesetzes. Daß dabei nicht die Grenze, die die guten Sitten und das Recht Dritter aufrichten, überschritten werden, dafür ist — wie dargetan — gesorgt. Bei Wahrung dieser Grenzen hat das vertragliche Eherecht von heute die wichtige Aufgabe, um derentwillen es nicht willkürlich verkümmert werden darf, den Weg zum gesetzlichen Eherecht von morgen zu zeigen.

Dieser Aufgabe sind einige der hauptsächlichen Schriftsteller des behandelten Rechtsgebiets wenig hold. Und besonders den gewöhnlichen Wegweisern der Entwicklung, den Notaren, und den von diesen verwendeten Formularen. v. Baligand und Ehrlich können gar nicht genügend scharfe Worte finden, um ihren Abscheu gegen die „Selbstschöpfungen" des „Kanzleistils" und der „lokalen Kautelarjurisprudenz"

auszudrücken. Ihren Kampfesworten kann nicht zugestimmt werden. Die Notare — und mit noch größerem Einfluß die Verfasser von Formularbüchern — veranlassen doch die Vertragschließenden nicht zum Abschluß ihrer selbstgeschaffenen Verträge, um die guten Absichten des Gesetzgebers zu schanden zu machen und die Parteien oder eine Partei (vgl. Ehrlich S. 199!) zu schädigen; sondern weil sie der Ansicht sind, daß die gewählte Regelung den Bedürfnissen und Anschauungen der Vertragschließenden des ihnen vorliegenden Falles (bei Formularbuchautoren: einer Gruppe von Fällen) mehr entspricht als die Schablone des Gesetzes. Und sie haben bei der Beurteilung den großen Vorzug der größten praktischen Erfahrung — auch vor dem Gesetzgeber, dem sie zudem darin überlegen sind, daß sie in den Anschauungen der Zeit des Vertragsschlusses stehen, in der die des Gesetzgebers schon überholt sein können; dies verbunden mit dem Vorzug vor den Privatparteien, daß sie imstande sind, juristisch die Sachlage zu erfassen, und das Erstrebte in geeigneter Weise zu gestalten, — alles wenigstens der Regel nach. —

Die oben gekennzeichnete ideale Aufgabe des Eherechts tritt freilich in der Praxis weit, weit zurück hinter die Aufgabe, die Sorgen und Nöte von heute zu bannen, eheliche Verhältnisse des Alltags zu regeln, die — nach außen oder innen — wahrlich nichts weniger als ideal, vielmehr als unternormal zu bezeichnen sind. Kaum wird man es als übertrieben bezeichnen können, wenn Ehrlich[1]) ausspricht: „Die Fürsorge des Staates gilt nicht der wohlgeordneten, sondern der zerrütteten und in Auflösung begriffenen Ehe". (Richtiger noch „der nicht völlig zerrütteten, aber doch nichts weniger als vollkommenen Ehe"[2]). Dieser Umstand muß bei der Darstellung und Beurteilung im Auge behalten werden; er bekommt Bedeutung bei der häufig aufzuwerfenden Frage, ob eine Abmachung den guten Sitten zuwiderläuft. Es muß beachtet werden, daß der Staat den einzelnen nicht zur „rechten ehelichen Gesin-

---

[1]) S. 198.

[2]) So Titze 44. In gleichem Sinne pflegt sich Seckel in seinem Kolleg an der Universität Berlin zu äußern.

nung“ zwingen kann, daß vielmehr den einzelnen, wenn nun einmal die Ehe zerrüttet ist, zugestanden werden muß, ihre Interessen unter Anerkennung und Voraussetzung dieser Tatsache zu wahren; daß deshalb sittenwidrig noch nicht so ohne weiteres ein Vertrag ist, der den Anforderungen, die von dem angeführten idealen Maßstab aus zu stellen sind, nicht entspricht. —

Ein besonders breiter Raum ist in der Arbeit den „Wirkungen der Ehe im allgemeinen“ gewidmet worden. — Auf diesem Gebiete mangelt es (im Gegensatz zu dem des ehelichen Güterrechts) für die hier zur Erörterung stehende Frage an jeder Spezialliteratur. Es bot einen besonderen Reiz, auf diesem „Neuland“ zu untersuchen, wie weit die Bestrebungen von heute, — einmal die rastlos und erfolgreich daran arbeiten, die Stellung der Geschlechter zu einander im persönlichen und sozialen Leben zu verschieben, mit der Richtung nach der Gleichberechtigung beider Teile, zum anderen die, weniger bemerkt und weniger erfolgreich, aber doch vernehmlich, bemüht sind, das höchstpersönliche Tun und Treiben des einzelnen, so auch in der Ehe, vom Einfluß staatlicher Schablone und staatlichen Zwanges freizumachen, — nach dem geltenden Recht die Möglichkeit haben, sich durch freie Vereinbarung der Nächstbeteiligten für den einzelnen Menschen, die einzelne Ehe durchzusetzen, und sich damit den Weg zur Herrschaft in der Zukunft zu ebnen.

Anhang.

Uebersicht über zwingende Normen im Eherecht des Auslandes.

§ 22.

Die allgemeinen Wirkungen der Ehe.

Anhangsweise soll kurz dargetan werden, wie sich das ausländische Recht zu den vorstehend behandelten Fragen stellt, und sollen an ihm die gewonnenen Resultate überprüft werden. Freilich werden sich auf dem behandelten Gebiet aus dem Recht der fremden Staaten überhaupt nur soweit Schlüse für die Erkennntnis des deutschen Rechtes ziehen lassen, als die Frage nach dem, was den guten Sitten widerspricht, zur Beantwortung steht — denkbarerweise allenfalls noch, als es sich um den Schutz Dritter handelt. Denn etwa aus logischen Gründen zwingende Rechtsnormen beruhen in ihrem zwingenden Charakter zu sehr auf dem konstruktiven Bau der Rechtsordnung, der sie angehören, um von ihr losgelöst für die Auslegung einer anderen Rechtsordnung etwas zu bedeuten. Weiter aber sind die Auffassungen von dem, was den guten Sitten widerspricht, zeitlich und örtlich verschieden. Daher kann ein Vergleich nur mit dem geltenden Recht solcher Staaten, deren Bevölkerung etwa auf der gleichen Kulturhöhe wie die des deutschen Reiches steht, fruchtbar sein. Also etwa mit dem Recht der Schweiz, Frankreichs, Großbritannien, der Niederlande, Belgiens, Oesterreichs, allenfalls Ungarns, Italiens, insbesondere aber der skandinavischen Staaten. —

Vor Beantwortung der besonderen Frage dieser Arbeit muß zunächst das geltende fremde Recht in wenigen allgemeinen Strichen skizziert werden. - -

Bei der Betrachtung zuerst des persönlichen Eherechts des Auslandes fällt auf, daß sich mehrfach

in verschiedenen Gesetzen Regelungen finden, die offenbar von der eines anderen Gesetzes abhängen, mit ihr eine Gruppe bilden. So entspricht dem code civil Frankreichs die Gesetzgebung Italiens, Belgiens, der Niederlande, dem BGB der Entwurf eines ungarischen BGB, der neuerdings wohl unverändert Gesetzeskraft erlangt hat, und einigermaßen das Recht der Schweiz, Dänemarks und Schwedens.

Die erste Gruppe verpflichtet die Ehegatten zu Treue, Hilfe, Beistand, den Mann zu Schutz und Unterhalt der Frau, die Frau zu Gehorsam gegen den Mann, insbesondere auch zur Hausgemeinschaft mit ihm.[1])

Mit der Frage eines Ausschlusses dieser Bestimmungen befassen sich alle diese Gesetze nicht ausdrücklich. Doch enthalten sie übereinstimmend im Güterrecht die auch für das persönliche Eherecht bedeutungsvolle Vorschrift, daß die Ehegatten diejenigen Rechte, die aus der ehemännlichen Gewalt folgen, nicht vertraglich ausschließen können.[2]) Hiernach kann also vor allem die Gehorsamspflicht der Ehefrau nicht wegbedungen werden. Im französischen Recht sollen nach Zachariä-Crome[3]) auch Verträge, die eine Trennung der Eheleute gestatten, unwirksam sein. Die Begründung: „contra legem est", erscheint jedoch keineswegs beweiskräftig, vielmehr als eine petitio principii.

In der positiven Regelung des persönlichen Eherechts steht dieser Gruppe auch das österreichische Eherecht nahe.[4]) Jedoch fehlt eine dem § 1387 code civil entsprechende Bestimmung. Die Literatur erklärt dem Gesetzesrecht zuwiderlaufende Verträge für unwirksam.[5])

---

[1]) code civil Art. 212—214 (dazu Planiol 296 ff., insbesondere auch über den Unterschied von secours und assistance; Planiol bekämpft die Regelung des c. c. heftig als veraltet); auch in Belgien geltend; Niederländisches „Burgerlijk Wetboek" 158 ff. (Dosfel S. 28); codice civile del regno d'Italia 130 ff.

[2]) code civil 1388 (vgl. Planiol 303/4, Zachariä-Crome 195), codice civile 1379, Burgerlijk Wetbock 196 (Dosfel 210).

[3]) S. 72, 75.

[4]) BGB. §§ 90 ff.

[5]) Stubenrauch 196/7, Anders 28 mit weiterer Literatur.

Die zweite Gruppe ähnelt, wie erwähnt, dem BGB. Insbesondere verwerfen dänisches, schwedisches, schweizerisches und ungarisches Recht eine allgemeine Gehorsamspflicht der Ehefrau, kennen aber wie § 1354 BGB eine Entscheidungsmacht des Mannes in gewissen Angelegenheiten.[6]) Den gleichen Standpunkt nahm früher das norwegische Recht ein. Seit 1911 soll aber dort das Entscheidungsrecht des Ehemannes beseitigt sein. Auch soll seitdem die Frau zur Führung des Mannesnamens zwar noch berechtigt, aber nicht mehr verpflichtet sein.[7])

Ueber die Zulässigkeit eines Ausschlusses der in Frage stehenden Bestimmungen enthalten die erwähnten Gesetze keine Vorschriften. Jedoch findet sich verschiedenes Beachtliche in der Literatur. So wird insbesondere in der Literatur zu dem neuen schweizerischen ZGB. darauf hingewiesen,[8]), daß der erste Entwurf dieses Gesetzes die in Frage stehenden Bestimmungen hat für zwingend erklären wollen, daß man aber weiterhin davon abgekommen ist und, wie die Erläuterungen zu dem Gesetz sagen, die Behandlung „der Auffassung der Zeit und der Würdigung des Einzelfalles" überlassen habe. Diese Vorgänge sind um so beachtlicher, als bei der Schaffung des schweizerischen ZGB das BGB am allermeisten von ausländischen Gesetzgebungen hat Beachtung finden müssen, — wenn ihm auch der schweizerische Gesetzgeber nicht selten die Gefolgschaft verweigert hat. Bemerkenswert ist auch die Auffassung des eingehendsten Kommentars zum ZGB, der sich dahin ausspricht: „Es wird denn auch die beliebte doktrinäre Ablehnung solcher Verträge als gegen das Wesen der Ehe verstoßend, den Verhältnissen nicht gerecht. Solche Verträge können richtiges Mittel zu richtigem

---

[6]) über skandinavisches Recht vgl. Lehr 300, über dänisches insbesondere Bentzon 95—114, hier speziell 99; für die Schweiz sind die §§ 159 ff. des ZGB. maßgeblich (sie nähern sich insofern der ersten Gruppe, als nach ihnen der Ehemann das Haupt und der Vertreter der Gemeinschaft ist, auch sich die Ehegatten Treue und Beistand schulden); für Ungarn vgl. §§ 94—106 des Entwurfs eines BGB.

[7]) so nach Berichten in den Tageszeitungen, wegen des früheren Rechtszustandes vgl. Lehr.

[8]) Egger 179.

Zweck sein und sind deshalb zu schützen, solange diese Bewertung zutrifft. Deshalb gelten sie stets (? d. Vf.) nur rebus sic stantibus.“ [9]) Im einzelnen werden auch Trennungsverträge für nicht schlechtweg unzulässig erklärt, wenn sie nicht nach dem Willen der Parteien (vgl. S. 32!) einen gemeinschaftswidrigen Dauerzustand herstellen; auf dem Gebiet des Entscheidungsrechtes des Mannes werden Einschränkungen, nicht aber ein völliger Ausschluß für zulässig erachtet. [9])

In der Literatur zum dänischen Gesetz wird ein Ausschluß für unzulässig gehalten, und zwar mit Rücksicht auf angebliches öffentliches Interesse. Eine gewisse Rechtswirkung wird aber selbst unwirksamen Verträgen beigelegt: ein Mann, der eingewilligt habe, daß seine Frau von ihm fortziehe, soll nicht verlangen können, daß ihr Verlassen als unrechtmäßig angesehen wird, solange er nicht seine Einwilligung widerrufen hat. [10]) Das entspricht etwa dem S. 40 Z. 18—15 v. u. Ausgeführten.

Bleibt noch das englische Recht zu betrachten. Dieses weicht freilich in seinem ganzen System erheblich von den Gesetzgebungen des Kontinents ab und kennt nicht in der Art wie die vorher behandelten, ein einheitlich kodifiziertes persönliches Eherecht. — Es ging ursprünglich davon aus, daß Mann und Frau durch die Ehe eins würden. Und zwar ging die Frau in der Persönlichkeit des Mannes auf. Die hieraus für das persönliche Verhältnis gefolgerte custody des Mannes ist aber im Laufe der Zeiten bis auf Reste derogiert. Freilich hat der Mann unter Umständen sogar noch ein Recht, die Frau einzusperren, auf der anderen Seite aber kann er sie, wenn sie sich von ihm getrennt hat, nicht zur Rückkehr zwingen. [11]) Zweijähriges Fernbleiben kann dann allerdings einen Scheidungsgrund bilden. [12]) Ueber das hier am meisten interessierende Thema, ob nämlich diese Bestimmungen durch Vertrag abgeändert oder beseitigt werden können, verlautet, soweit ersichtlich, gar nichts.

[9]) Egger 141.
[10]) Bentzon 114.
[11]) Stephens 365.
[12]) Stephens 387.

Die im vorstehenden gegebene Uebersicht über das persönliche Eherecht des Auslandes wird kaum zur Erschütterung der vertretenen Meinung beizutragen geeignet sein. Denn sie hat gezeigt, daß zwar die älteren Gesetzgebungen, wie die dem code civil folgenden, die Ehegatten im Sinne der oben bekämpften strengeren Anschauungen zu beschränken suchen, daß aber die jüngsten, die den Geist der Zeit am ehesten zum Ausdruck bringen, wie die Gesetzgebungen Norwegens und der Schweiz, Vorschriften nach Art des Titels 5 des bürgerlichen Eherechts entweder überhaupt nicht kennen oder aber den Ehegatten ihre Beseitigung durch Vertrag freistellen.

§ 23.
Das eheliche Güterrecht.

Das Ehegüterrecht der in dem vorigen Paragraphen bezeichneten Kulturstaaten ist insofern nahe verwandt, als allgemein — im Gegensatz zu früheren Zeiten — die Ehegatten nicht vom Gesetz an einen Güterstand gebunden werden, sondern ihnen Freiheit gelassen ist, ihr Güterrecht in verschiedenartiger Weise zu regeln.

Eine allerdings höchst bedeutungsvolle Beschränkung der Vertragsfreiheit, die sich noch in einigen Rechten findet, besteht darin, daß Eheverträgen, die nach Eingehung der Ehe geschlossen sind, teils gar keine,[13]) teils nur beschränkte[14]) Wirkung eingeräumt ist.[14a]) —

Im übrigen beschränkt nur eine Rechtsordnung die Ehegatten in der Weise der oben bekämpften strengeren Richtung. Der schweizerische Gesetzgeber ist in bewußter Abweichung[15]) von dem Recht des BGB jener Anschauung gefolgt und hat in Art. 179 II ZGB bestimmt: Die Brautleute haben für ihren Vertrag einen

---

[13]) code civil 1394, codice civile 1385, Niederländisches BGB. 204, Schwedisches Recht, vgl. Lehr 305.

[14]) Englisches Recht, vgl. Heymann 841/2, Norwegisches Recht vgl. Lehr 306.

[14a]) Mit dem Ausschluß der nachehelichen Eheverträge dürfte die interessante Tatsache zusammenhängen, daß nach den eingehenden Untersuchungen von Bonnecase in Frankreich die große Mehrzahl der Eheverträge Errungenschaftsgemeinschaft, sehr wenige Gütertrennung normieren.

[15]) vgl. Egger 197.

der Güterstände anzunehmen, die in diesem Gesetz vorgesehen sind.

Die Mehrzahl der übrigen in Betracht gezogenen Gesetzgebungen hat sich dadurch, daß sie den Ehegatten allgemein Ehevertragsfreiheit einräumt und deren Schranken positiv aufzählt, ohne ausdrücklichen Ausspruch der vertretenen Ansicht angeschlossen.

Freilich sind die Verbote oft ziemlich weitgehend. Das gilt namentlich von den einander wieder stark ähnelnden Normen der dem code civil folgenden Gruppe. Nach ihnen dürfen die Ehegatten insbesondere, wie bereits erwähnt, nicht der ehelichen Gewalt Abbruch tun, noch der elterlichen Gewalt des überlebenden Ehegatten über die gemeinschaftlichen Kinder; sie dürfen nicht von der Erbfolgeordnung des Gesetzes abweichen, nicht die guten Sitten verletzen und nicht gegen die Verbotsnormen der jeweiligen Gesetzgebung verstoßen. Schließlich dürfen sie — ganz wie nach § 1433 BGB, aber noch zweifelsfreier ausgedrückt — nicht ihre Ehe einem altrechtlichen Güterstand durch Verweisung unterstellen.[16])

In etwas anderer Weise wie die Gesetze, die die Schranken der Vertragsfreiheit erschöpfend aufzählen, aber doch so, daß man auf eine grundsätzliche Ehevertragsfreiheit schließen kann, drückt sich der ungarische Entwurf aus. Denn er erklärt im § 175, daß die Ehegatten ihre Güterrechtsverhältnisse „nach Belieben" regeln können und weiterhin, daß „insbesondere" die folgenden bestimmten Regelungen zulässig seien.

Im skandinavischen und englischen Recht,[17]) in diesem seit dem Jahre 1883, scheinen überhaupt keine besonderen eherechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit zu bestehen. —

Aus der gegebenen Darstellung dürfte erhellen, daß auch im Güterrecht die Gesetzgebung des Auslandes keinen Anlaß gibt, die oben vertretene Anschauung fallen zu lassen, mag auch im Gegensatz zum persönlichen Eherecht die Entwicklung, wie sie sich in dem schweizerischen ZGB ausprägt, von dem als dem des BGB erkannten Standpunkt ab-, nicht zu ihm hinführen. —

---

[16]) code civil 1388 ff, codice civile 1379 ff., Niederländisches Recht vgl. Dosfel S. 210/1.

[17]) Lehr a. a. O., Heymann 841/2.